CLARISS. VIRI, FORTUNIJ GARCIAS AB ARTHEAGA...

Fortunio Garcia de Erzilla, Pietro Alvarotti, ...

Digitized by Google

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

Digitized by Google

13.10.R.11

Digitized by Google

- 13. 10. R. 11 -

P.F.

Digitized by Google

Digitized by Google

CLARISS. VIRI,

FORTVNII GARCIAS AB ARTHEAGA, IVRISCONSVLTI HISPANI ACVTISSIMI ENVCLEATISSIMVS

COMMENTARIVS DE PACTIS.

IN TITVLVM DIGESTORVM DIFFICILEM & vberrimum, omniumque contractuum parentem, cum repetione cap. 1, extra eodem titulo.

AVCTVARII VICE SVIS LOCIS INSERTA sunt DD. MARTINI LAVDENSIS, *&* PETRI ALVAROTI *Repetitiones*;

OMNIA NVNC DEMVM AD VSVM PRActicantium, maximeque Iuridicarum disputationum renouata, ab innumeris mendis repurgata, Argumentis & Notis Marginalibus illustrata.

Accessit in fine INDEX *Rerum & Verborum memorabilium locupletissimus.*

Cum Gratia & Priuil. speciali Cæs. Maiest. ad decennium.

FRANCOFVRTI,

Ex Officina Typographica Nicolai Hoffmanni, Impensis Petri Kopf...

Anno M. DC. XI.

Digitized by Google

Digitized by Google

Typographus Lectori S.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

II

FORTVNII Garsias ab Arthea-ga, seu Ercilia, Iuriscõsulti Hispani Commentaria in titulum Pandectarum de Pactis, cùm paucos ante annos ad manus meas peruenissent, pro solita mea circa auctores omnis generis, & maximè Iurisperitos edendos, cura diligenter excepi. Hac potissimũ persuasione (quod haud infrequenter vsuuenire, & ipse vidi, & à quamplurimis intellexi) vt & is omni licèt ornatu nudus, & totus informis, aliquid sua gente dignum haberet. Multa

namq; veterum excellentissimorum auctorum scripta, vel iniuria, vel diuturnitate temporum obnubuntur, quæ longè maiore fructu manibus literatorum tererentur, quàm Neotericorum, quamplurima recocta, ac nudis verborũ phaleris ornata volumina. Licèt enim veterum libri propter seculi vitium, quod tum barbarie suprema laborabat, orationis fuco carerent, veritate tamen & scribendi soliditate vt plurimùm abundabant. Intra quos cùm Fortunij Garsias Iurisconsulti suo tempore nõ indiserti & celeberrimi, acutissimiq; commentaria à iuris prudentibus huius seculi grauissi-

mis

Digitized by Google

mis recenſeri cognouiſſent, operæpretium me facturum eſſe putaui, ſi hunc iuris auctorem excellentiſſimum, iam diu ſepultum, in gratiam tuam, Lector, veluti ab inferis ad lucem reuocarem. Ad quod duo me inter cętera maximè inuitarũt: Materiæ, quam auctor hîc diſcutit, dignitas, & frequentiſſimus vſus. Quippe ſine pactorum ſolida exactaque cognitione nullius ferè contractus natura & qualitas rectè dijudicari poteſt: & ab his velut ex vnico & perenni fonte, omnia commerciorum humanorum vincula dimanant, vt meritò titulum hunc Fortunius Garſias ampliſſimum, & omnium

Digitized by Google

contractuum parentem dixerit. Alterũ eſt, quod auctor hic tam curioſè & acutè omnes legum in hoc ſubiecto antinomias, non tantùm oſtẽdat, ſed productas magno ingenij acumine diſſoluat. Ex quo quis fructus ad Iuſtinianeos, nouosq́; Papinianiſtas τὰ πρῶτα iuris ſedulò inueſtigantes, rediturus ſit, ipſi facilè experiẽtur, ij maximè quib. in arena ſcholaſtica quotidianis diſputationum ventilationibus ſe exercere ad legum veritatem, rectamq́; illarum mentem indagandã volupe dicti. Verùm ne tam inſignis auctor ſine teſſera, & velut is ad me venit, nudus, & mendoſus ex mea offi-
cina

Digitized by Google

cina ad te rediret, cenſuræ il-
lum curaui ſubiiciendum, vt
primum ab omnibus vitiis
expurgaretur, deinde argu-
mentis, ſummariis, & notis
marginalibus, ſiquidem ali-
qua vel explicatione, vel re-
prehenſione auctor ipſe indi-
geret, illuſtraretur, augeretur-
que. Deniq; indicem locuple-
tiſſimum in ſubſidium vſus
facilioris adiici feci, ne quid
exinde amplius ad huius au-
ctoris vel ornamentum vel
augmentum à noſtra diligen-
tia deſiderari poſſet. His inter-
ea benigne lector faue, & be-
ne vale.

COMMENDATIO FORTVNII *Garcias, ex Didaco Couarruuias, Tom. I. Rubric. de Sponsalibus, P. 2. c. 5. § 1. num. 6.*

FORTVNIVS Garcias Hispanus apud Ita-[illegible] non minorem in vtriusque Iuris prudentia gloriam assecutus, quam apud nos in Cæsaris supremo Hispania[illegible] [illegible].

Idem Auctor alibi.

FORTVNIVS Garcias Hispanus, magni profecto nominis apud Italos, dum iuuenis Bononiæ ius ciuile publice profiteretur, ac demum apud Hispanos, dum in summo Regis Auditorio iudicis rectissimi officium ageret.

ELEN-

ELENCHVS INTELLECTVVM SINGVLARIVM LEGVM & Canonum in hoc Commentario de Pactis obseruatorum.

Intel-

Digitized by Google

Intel-

Intel-

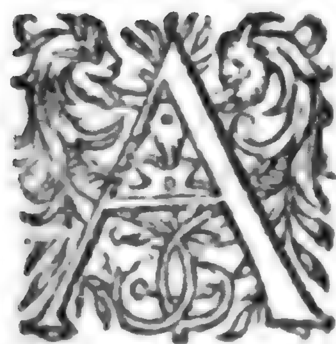
Digitized by Google

Digitized by Google

COMMENTARIA
FORTVNII GARCIAE AB ARTHEAGA
ALIAS AB ERCILA IVRISCONsulti Hiſpani, in difficilem ac vberrimum omnium contractuum parentem Titulum de Pactis. ff. cum Repetitione. c. I. extra eodem titulo. Quibus inſertæ ſunt ſuis Locis Martini Laudenſis, & Petri Aluaroti Repetitiones.

Omnia nunc recens Emendata, Expurgata, Argumentis & Notis marginalibus aucta & Illuſtrata Auctore Petro Corn. Brederodio I C. Hagocomitano.

Præfatio Fortunij Garciæ Iuriſconſulti Hiſpanij, de vtilitate & Subtilitate Materiæ Pactorum.



GE: *quod bene vertat*: Candidiſs. *lector, excipe pacato vultu vigilias noſtras ſtudioſorum communi vtilitati nuncupatas. Operæ precium an fecerim neſcio: qui de pactis grauem & ſubobſcuram diſputationem aggreſſus, multa hactenus indiſcuſſa enodare & illuſtrare tentauerim: Sed me*

A *facturum*

facturum speraui: Quippe qui non nescirem nil antiquius: nil honestius, quàm multorum vtilitati sua industria studere consulere, opitulari. Ad quod quidem ipsa natura mortalium genus finxit, & formauit, quæ hominem voluit non sibi, sed toti genitum se credere mundo: Omniumque rerum pulcherrimam compagem mutuo nixu & fulturis sustineri. Neq; vero aliud quicquam à nobis tractari poterat: aut ipsi naturæ acceptius: aut hominum societati conuenientius: quam quod de pactionibus disseruimus. Eæ enim fide reguntur: quæ & naturæ ius omne & hominum coniunctio nititur: qua Iustitia consistit: qua Religio: Pietas: quicquid humani & diuini est iuris continetur: quam si de medio sustuleris, cuncta naturæ opera pereant necesse est. Cæterum ne mihi lector humanissime vitio vertas, quod tam arduam rem capessere non dubitauerim. Et (quod nonnullis nimis audax fortasse facinus videri posset) quorundam interpretum: qui ante me in eadem sunt versati materia scita refellere, ausi simus. Non enim huc nos aut liuor aut vlla inanis gloriæ captatio compulit. Absit à simplicitate nostra tam impudens votum: vt eminentissimorũ hominũ laboribus: ac virtuti derogando, vllam inde famam aucupari contendam. Hoc ego nec volo: nec possum. Non enim imbecillitatis meæ ignarus sum. Boni igitur consule. Et singula me potius publicæ vtilitatis ac veritatis, quam obtrectationis aut calumniæ studio fecisse interpretare. Nosti à iunioribus sæpè aliquid solere fieri: quod maiores, etsi nõ ignorant, ac certè præterierunt. Ita namq; comparatum est: vt quivis in alienis quam in suis (vt inquit ille) ingeniosior sit.

Digitized by Google

or sit. Quod quia scriptorum solertiam non parum acuit, non vtiq; opinor, optime lector, reprehendis. Quo fit vt non modo illos huiusce facultatis proceres: quos veluti terrena quadam numina mihi colendos proposui: sed etiam quemcunq; mediocriter eruditum obsecratum velim, vt ad hoc opus nostrum limam intendat: ad Critolai, seu malit Aristophanis libram singula pensitet: quæ parum probauerit obelisco confodiat: ne mecum vna in eodem, quod aiunt, luto credulam discentium turbam hærere patiatur. Et quemadmodum mirabitur fortasse quispiam: qui cantabricum ingenium tantum audere postulet. Ne amplius miretur, sciat ipsum mihi primum cœlum de fide disputanti non parum suffragatum: Ea est profecto Cantabria: in cuius ego visceribus primum vagij (admittant æquis auribus orbis regiones reliquæ) vt non alibi sanctius, aut religiosius fidem obseruari crediderim. Ne igitur cuiquam videatur absurdum, hominem, cùm patriæ peculiaribus, tum maiorum suorum institutis ad fidei cultum ab ipsis pene incunabulis formatum: de fide disserentem audire.

Vale.

SVPER RVBRICA NIHIL SVM DICTVRVS: QVIA QVÆ RVBRICÆ TRIBUI possunt exponit lex. 1. ad quam à glossæ & Bar. continuatione, tanquam ad rem ipsam transilire decreui.

SVMMARIVM.

1 *Pacta seruanda esse, naturalis æquitas suadet.*

2 *Fidem seruari ratio, & æquitas naturalis suadet, atque inibi vnde dicatur fides.*

3 *Pollicitatio an producat obligationem & per consequens actionem, & num. 4. 6. & 10.*

5 *Fides quid sit ex Ciceronis auctoritate.*

7 *Beneficium collatum absenti, non posse per collatorem reuocari, nec alteri conferri, priusquam talis absens repudiarit, & num. 43.*

8 *Variationem & illusionum vitandam esse & quibus casibus variatio præmittatur, num. 42.*

9 *Obligationem quandoque oriri ex consensu vnius dundaxat.*

11 *Pollicitatio quid sit.*

12 *Deum vbique præsentem esse.*

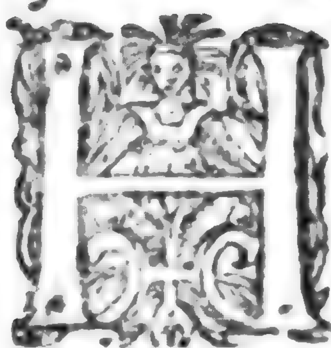
13 *Principem teneri ad pacta seruanda, & quæ sit huius ratio & num. 15.*

14 *Princeps an obligari possit ex iure gentium.*

16 *Princeps an & quatenus subsit legibus, & num. sequent.*

18 Feudarium

Digitized by Google



Vius edicti æquitas tex. iste diuiditur in tres partes: In prima declarat edicti fundamentum, quod commendat. In secunda ponit deriuationem pacti & pacis. In tertia pacti definitionem inserit. Prima vsque ad versiculum pactum. Secunda vsque ad versiculum & est pactio. Tertia vsque ad .§. conuentionis. Sat est diuisisse tex. nec ei conuenit summari.

1 † Primo noto ex prima parte quod æquitas naturalis suadet pacta obseruari. Hoc intelligo, siu pacta sint ex nuda conuentione: siue sint nomine vestita vel stipulatione. Probatur: quia edictum de Pactis conuentis loquitur. *vt patet in l. iurisgentium. §. prætor igitur eo.* & pacta conuenta continent sub se omnem consensum vel conuentionem, siue nudum, siue vestitum *vt in. §. infra proximo &. §. sequenti.* Sed pacta conuenta obseruari æquitati naturali conuenit *vt in prima parte nostri tex.* ergò sequitur quod eadē æquitate obseruant. ¶ Hinc dubito cùm prætor æquitatē naturalem semper sequatur *vt l. quod si Ephesi infra de eo quod certo loco & in §. minus. Institut. de hære. quæ ab int. de. & in isto text.* quare est quod diuersimode seruauit pacta; nam alia obseruat actione, alia exceptione tantum *vt l. iurisgentium infra eo.* & tamen videmus eandem esse æquitatem in vtrisq; & dispositiones prætorias semper esse æquitati con-

connexas. *hoc resoluemus in l. iurisgentiũ.§.prætor.*

† Secundo noto quod fides seruanda est æquitate & ratione naturali. Hinc Tullius *lib.* 2
1.de off. inquit: Fidem esse fundamentum iustitiæ: & ob hoc dicit: fidem secundum Stoicos dictam, quod dictũ fiat. ¶ Hinc primo infero quod cum dictù sit, quod simpliciter dicitur, & differat à pacto pollicitatiõe *vt l. sciendum.§. dictum de AEdil: edicto.* non solum naturalis ratio versatur ad obseruãda pacta & pollicitatiões: verùm ad obseruãda simplicia dicta. Ratio est quia naturalis ratio in fide seruãda versatur, & *fides* eo dicitur, quod dictum fiat. *Facit tex. in l.1. in princ. de consti. pe. infra. Facit cap. iuramenti. 22. q. 5. & in c. 1. de sponsa, duorum.* & illud Psal. quæ procedunt à labijs meis non faciam irrita. Vnde oritur quæstio: an † ex pollicitatione quis ob- 3
ligetur naturaliter & per pręsens de iure canonico. Et pro parte negatiua quod de lege canonum non obligetur tenet Abb. *in c. cum inter vniuersas. in fine de elect. extra & colligitur ex intentione sua in probe. he. decre. in fine. & est de mente Io. and. Bar. & Bal. & Io. de Imo.* vt Moderni Canonistæ latè referunt *in c. 1. de Pactis extra. dominus Iaso. in l. iurisgentium. §. sed cum nulla. post primam col. infra eo.* qui triplici fundamento vtuntur. Primo quia est speciale in voto, *vt notatur in c. scimus in glos. 1. 12. q. 1.* ¶ Secundo quia est speciale fauore piæ causæ, *vt notant docto. in l. illud. de Sacro sanct. Eccle. C. & in c. ex parte de censibus.* ¶ Tertio

quia text. in c. 1. est correctorius Iuris Ciuilis, ergo non debet extendi &c.

¶ Tamen forsan credendum esset contrariam esse veritatem, ad quam opinionem, me inferiora mouent: primò vt dixi † compositio fidei: cum eo dicatur fides, quia dictum fiat *vt inquit Tullius & sanctus Tho. secunda secundæ. q. 88. arti. 3. vbi etiam refert Augustinum.* Item facit definitio fidei quam ponit. M. Tulli. vbi supra cum inquit. Fundamentum † autem iustitiæ est fides, a id est dictorum conuentorumq; constantia & veritas, ergo & conuenta & dicta æquè in fide comprehenduntur. Sed ad fidem obseruandam naturaliter obligamur. *vt in tex. nostro.* ergo ad dicta naturaliter obligamur. Et per consequentiam, canonum iure; nam à iure naturali ad canones validum arg. *vt inferius ostendam & argumentatur Abb. in c. debitores de iureiurando.* ¶ Secundo facit text. in c. qualiter su. al. vbi dicitur studiosè agendum est. vt ea quæ promittuntur opere compleantur. nam verbum (promissio) ita comprehendit pollicitationem, prout pactũ. *vt l. sciendum. §. dictum su. al.* Nec obstat dicere ꝙ talis intellectus est extra titulum. nam hoc nihil obstat dum modo in verbis generalibus comprehendat partem tituli. s. pacta. Imo vt aliquid text. ille afferat extra. c. 1. debemus eum interpretari in vniuersali significatione verbi. s. tam in pacto quàm in pollicitatione. Hoc etiam confirmatur tali rati-

a Adde ad hanc materiam ꝙ fides est seruanda sicut iurametum: aliás periurium cōmittitur. infamia incurritur. *Spec. in tit. de arbi. §. qualr ver. idem est si fides. Io. an. And. in c. 1. de sepul. lib. 6. in nouel. Landfred in tract. de arb. 5. parte q. penult ad fi. Io. de prato in l. mutuus qui non cogitur ff. de procu. gloss. in c. peruenit. de fide ins. for. Io. An. in cap. cum tempore de arbi. Alex. in L. 3 dato*

4

5

li ratione quia pollicitationem non obseruari est peccatum *vt in. c. iuramenti su. al. & ipse Abb. confitetur in d. c. inter vniuersas:* licet dicat ex pollicitatione nõ nasci actionem facit id quod dicitur. quæ procedunt à lab c. Sed cum finis Iuris Canõici sit occurre. peccato. *vt in c. nouit. de iudicijs. in c. vt animarum. de constit. lib. 6. cum simi.* Sequitur ꝙ intentio capituli qualiter. eadem est in pol. & pacto, quia eadem ratio prohibitionis. & isto eodem argumento vtuntur doctores in pacto nudo *vt patet late per moder. in d. c. 1.* & si in policitatione absque contraria ratione teneant contrariũ. ¶ Tertiò facit, c. debitores. de iureiurando, vbi secundum communem opinionem nulla est obligatio promissionis, quia turpis ex parte obligantis & quia lex ex sua parte resistit *ita Abb.* Sed iuramenti obligatio valet, quia fit Deo in quo nulla prohibitio nec turpitudo, & hoc est quod tex. dicit cogendus est Deo reddere iuramẽtum : : ex ista tantum obligatione quæ in Deum dirigitur resultat naturalis obligatio parti : & sic ei cui non promitto conuentione inter ipsum & me. *vt tenet ibi Abb. & probatur per. c. 1. eo. tit.* vbi à parte absoluitur , ergo parti erat obligatus ex iuramento. ecce ergo quod etiam vltra conuentionẽ vel pactum possum me obligare. Ista tamen inductio habet colorum retenta opinione doctorum. Ego tamen teneo parti non

in fi. de iureiur. Vbi idem dicit. quin promissio est facta sub periculo animæ permittentis quia obligat *secundum Ang.* Tamẽ notandum notarium, quod Clericus rumpens iuramentum magis punit, quàm rumpes fidem. *Anto. de Butr. in c. querelã & ibi Abb. ne prete. 6. suas. & in C. ad. auret quod me can.*

quæri obligationem. † Quarto facit tex. *in c. si tibi absenti. de preben. lib. 6.* vbi si conferatur absenti beneficium, non potest conferens reuocare: quia ollator ex collatione à se facta se ipsum ast tit. itaq; antequam absens repudiet collationem, ipse non potest reuocare nec alteri dare. Hoc ex nullo alio prouenit nisi quod ipse ex consensu suo se obligauit. Scio tamen quod statim respondetur, quod in donatione esset contrarium, etiamsi verum sit quod consenserit donator vt l. absenti. de donationibus infra. Ergo ratione consensus non obligatur absenti. Tamen verum est etiam in donatione obligari, etsi non quæratur obligatio, antequam acceptet absens. *& ita loquitur lex absenti. Et idem dicit c. si tibi absenti. de quo latè dicam in c. 1. isto tit.* † Quinto facit tex. *in cle. cum illusio de renunciatiōe.* nam illusio & variatio *b* est euitanda facit etiam ratio tex. *l. generaliter. C. ad velleianum.* vbi text dotem posse pollicitatione promitti asserit & semel & bis ad pollicitationem se refert *ita etiam tex. in l. ad exactionem. C. de dotis promiss. & lex si quis argentū. §. fi. C. de dona.* ¶ Nec obstat quod casus sint speciales, nam sub ratione naturali id disponunt. s. quia non est æquum, vt quod quis promisit vel pollicitus est debeat reuocare. Sed ista ratio vniuersalis est quo ad naturalem æquitatem in qualibet pollicitatione iusta: etiamsi de iure ciuili ea specialiter disponantur.

b Adde tamen quid variatio circa prorsus diuersa admittit, non circa idē. vel conexa. flori. de San. *Petro. post* 8 *Dyn. in L. sicut. in L. fi. ff. de ser. Bal. in L. quidem C. de iur. de lib. Bal. in L. si quis ius C. de re. cred. Bart. in L. de rebus ff. re. amot. Dyn. reg. mutare consilium in 6.*

nantur. Ergo vniuersalis erit iuris canonici obligatio, quæ super naturale ratione & æquitate fundatur. *vt in. c. delecti. de iudicijs. de quibus etiam in l. iuris gentium. §. sed cum nulla: plura dicemus.* † Facit sexto & vltimo text. *in. c. de illis:* [c] *de spon. impub. in fine.* vbi si quis cõsenserit in puellam inhabilẽ ex defectu consensus, nihilominus non poterit desistere antequàm ipsa ad ætatem & cõsensum perueniat. ratio est, quia semel in eam consensit ita text. Ecce ergo quod ex consensu tantum vnius, etiam antequam altera suscipiat consensum: oritur obligatio. Et si dicatur quod ibi loquitur in matrimonio. Falsũ est, quia nõ est matrimoniũ. nam est consensus tantum vnius, qui nõ constituit matrimonium, cum sit duorum coniunctio. *vt instit. de patria potestate. in princ. & ita notat gloss. ibi quod ex solo consensu vnius oritur obligatio quod præpositus exaltat.* vnde non multum proprie dominus Abb. ibi notat casum in quo contractus claudicat. nam si nõ est contractus, non ens claudicare non potest. Dicendum ergo quod ex solo consensu suo ibi obligatur, vt tex. expresse sensit in ver. cum in eam semel cõsenserit amplius nõ poterit dissentire. Facit regula quod semel placuit de reg. iu. Facit tex. in. c. Psalmista 30. dist. vbi dicitur quod corde credideris operibus compleas. Facit tex. in c. & si xp̃s. de iureiurando. & verba nostri redemptoris. Verbum vestrũ: sic: sic;

9 [c] Reprehenditur Fort. Garcia à Contrumia in cap vlt. §. fin. de Spõsalibus nu. 6. quod malè interpretatus sit hoc caput cum eo consensus vtriusque interuenerit, vt ob id consequentiũ policitatio dici nequeat.

10 ſic ſic: non non: &c. † Ex his ergo apparet ex conſenſu vnius aut pollicitatione naturalem & canonicam obligationem oriri. ¶ Non obſtant quæ moderni adducũt. Primò quod ſpeciale ſit in pollicitatiõe facta Deo. item in pollicitatione facta ad pias cauſas *secundum Bar. & Bal. in l. illud. ſu. al. & Abb. in c. ex parte de cenſi. & Ioan. And. in add. ad Spec. in tit. de ac. ceſ. Imo. in c. 2. de conſue.* Nam reſpondeo quod hic nulla eſt ſpecialitas quo ad pollicitationem. Probatur
11 † quia pollicitatio tunc dicitur, quando eſt ſolius offerẽtis promiſſio parte abſente. nam ſi præſens pactum erit quia creditur conſentire: vt declarant doctores *in l. iuris gentium. §. ſed cum nulla.* Sed quando emittitur votum: Deo fit, qui vbiq; eſt. ergo erit pactũ & quod Deus ſit præſens in voto *fatetur Abb. in c. ex parte. ſu. al. & in probe. ſu. al. Facit tex. in c. magnæ. de voto. ibi Deo redde vota ſua. facit. c. debitores. ſu. al. & c. & ſi xp̃s.* & ita etiam in pijs cauſis dicitur præſens eſſe: *vt tenet Paul. de caſt. in l. decernimus. C. de Sacro-*
12 *ſanct. Eccle.* Facit † quod tenent Theologi: ꝙ ſicut punctus ſe habet ac præſentiam circumferentiæ poſitus in medio circumferentiæ. ita Deus ſe habet ad omnia. *Facit text. in c. nouit. de iudicijs.* nouit ille qui nihil ignorat, &c. Sed hoc intelligo cum adeſt tanquam cauſa vniuerſalis. *vt in. l. properandum. §. ſin autem reus. de iudic. C. & in cap. vno. de eo qui mit. in po. cau. rei ſer. lib. 6. & in. c. 2. de arbi. lib. 6. ibi. partis abſentia præſentia Dei*

repleta.

Digitized by Google

repleta. Sed in voto credo quod etiam adsit tanquam particularis, quia ci sit votum. & ita credo etiam in iuramento. Hinc intelligo ꝙ dicitur redde Deo vota aut iuramenta sua. Cum ergo votum sit pactum quando Deo fit, non est dicendum esse speciale in pollicitatione, vt ex voto teneatur. & in hoc etiam dissentio à prædictis patribus. Hinc dici potest sentire dominum Antonium forsan malè in in d.c. ex parte. vbi dicit quod ibi cum votum teneat. ergo & pollicitatio, quia votum est pollicitatio. Tamen ista ratio non videtur bona & si dictum approbemus. Sed si vt doctores volo tenere: quod votum vel iuramentum sit pollicitatio Deo facta *text. erit expressus in.c.debitores :* ꝙ ex pollicitatione quis obligetur: quia ex solo iuramento obligatur. ¶Scio tamen, quod obstat definitio Hostiem. *in titulo de voto & lex.2.de pol.infra.de quibus in l. Iurisgentium.§.sed cum nulla.* ¶ Non obstat tertium arg. modernorum. & Abb. *in c.cum inter. su.al.s. quod c.1.* est [d] correctorium ergo non extendēdum maximè ad casum vbi viget minor ratio quàm in pacto. s. ad pollicitationem. ¶ Nam hoc fundamentum peccat primò quia non dubitatur hîc de extendendo. c. 1. de Pactis. quia illud in pactis loquitur. Sed dubitatur de c. qualiter cum text. loquatur in promissione & promissio comprehendat sub se pollicitationem, an loquatur de pollicitatione. & verum est lo-

[d] Correctoria non extendenda sunt.

est loqui nec in hoc extenditur, sed comprehendit, *vt in dicta. l. sciendum. §. dictum.* eo magis quod & verbis eadem ratione comprehendit pollicitationem, *& ita ibi notauit idem Abb.* ¶ Item secundo peccat in eo quod dicit c. 1. esse correctorium. Nam hoc non credo: nam ius ciuile cessat in danda actione ex pacto nudo. & sic non assistit nec resistit. *vt latè declaro in. §. sed cum nulla.* Sed in in eo in quo quis cessat, non potest contrariari vel corrigi, nisi negligentia tantum corrigatur. Item etsi verum esset quod corrigeretur: tamen corrigitnr ratione & æquitate naturali. Vnde non est considerandum odium correctionis *per text. in. l. bona fides. ff. de positi. & ibi Paul. de cast.*

13 † Tertio noto ex text. quod princeps tenetur pacta seruare, quia in pactis inest obligatio naturalis ex ipsa ratione naturali. vnde cum sit ipse animal ratione politicum: naturæ & rationi subest : ideo ex pactis obligatur & ista est vera ratio non forsan illa quam Bart. & alij assignant *in l. digna vox C. de legibus.* quod princeps tenetur ex conuentione, quia pacta sunt de iure gentium. *vt l.*
14 *ex hoc iure ff. de iustitia & iure.* nam gentes † principem obligare non possunt; ratio quia ad obligandum necesse est, quod præcipiens sit superior, non æqualis nec inferior *vt in c. cum inferior. de maio. obedi. in c. innotuit. de elec.*

Digitized by Google

de elec. l. ille à quo. §. tempestiuum. infra ad trebe. Sed aut Imperator est dominus totius mundi. *vt in c. solite. de maio. & obed. l. deprecatio infra. ad legem ro. de Ia. in c. duo. 96. di.* aut si partis. s. orientalis. quia occidentalem summo pontifici renunciauit[e] *in c. Constantinus, eadem dist.* illa ergo pars orientalis cum non sit superior, ei legem imponere non potest. ergo gentium iure nullo modo obligatur. maximè quod secundum *Bar. in l. ex hoc iure. su. de iust. & iure. & in l. si id quod. de condit. indebiti.* aliquod ius gentium est contra rationem naturalem [f] quod ego nego *per. §. quod vero Instit. de iure naturali gen. & ciuili. per legem omnes populi. su. de iusti. & iure.* cum ergo ius gentium sit statutum ratione naturali: princeps vi rationis obligatur, non constitutionis vi quia gentes non sunt superiores & ita disputando respondebam. ¶ Item notanda sunt verba quæ hîc referuntur à modernis quod etsi princeps non ligetur lege legis: ligatur tamen lege conuentionis. *vt Bald. in l. 1. circa prin. su. de constit. principum &c.* ¶ Sed ego considero quasi idem esse in vtroque casu maximè paribus terminis. nam ad conuentiones obseruandas inest obligatio naturalis gentium, & ciuilis, vnde princeps nec ex oligatione gentium, nec ex ciuile obligatur, sed naturali tantum, quæ constat ex ratione, & æquitate naturali

e Huic cap. Constantinus subiecta est Dictio *Palea* qua notatur munitas istius commenti, vt multis alijs Locis in Decurtis de hoc vide Doctoris in proœmio Digestorum.

f Distinguendum est inter ius gentiū primum & à primo natum seu, secundarium & ita Bartoli sententia vera erit;

nam seruitus est cõstitutio Iurisgẽtium & tamen est contra rationẽ naturalẽ· 16

naturali, cui subijcitur: Vnde ex stipulatione princeps non obligatur ex stipulatu, nec actio ex stipulatu in eum datur, sed tantùm cõuentionis nomine tenetur: quæ conuentio considerato ipsa ratione naturali. Sic in legibus ipsa ciuili obligatione non tenetur, cum leges sint sub eo. *vt in d.l. digna vox & late in c. ideo. 25. q. 1.* tamen si leges habent in se rationem naturalem, ipsa ratione obligatur & hoc cum loquor à causa superiori: Sed per inferiorem causam etiam obligari posse ab eadem causa superiori. Ego taliter considero. Certum est quod obligatio naturalis ex æquitate naturali causatur *ita glo. in ista prima parte nostræ legis. ita Bar. late in l. Iulianus. §. verum debitorem de condi. indebi. in. 8. col. & Iureconsultus in l. stichum. §. naturales. ff. de solutio.* Sed ego video quod æquum & iustum est, principem legibus obtemperare suis. *vt in c. iustum 9. dist.* & quod sit æquum ego probo. *per text. in l. digna vox. nam licet.* & verbum licet, est secundum æquitatem: *vt in c. magnæ post principium de voto & voti redemp. & ita ipse Bar. notat in l. digna vox.* quod decet & æquum est principem legibus viuere. Si ergo æquum est: oritur obligatio naturalis & tali ęquitate prout in pactis nascitur ex sola naturali æquitate. Prætereà cum omnis lex in tantùm habeat rationem legis, inquantum habet de ratione naturali & æterna. *vt sanctus doctor. 1. 2. q. 90. arti. 1.* dicimus quod omnis lex siue abitraria siue nõ

arbitra-

Digitized by Google

arbitraria habet, aut creditur habere rationem. *vt in c. erit autem lex 4. dist.* si habet rationem, ergo eadem princeps obligatur. Si creditur habere quia est arbitraria:id quod princeps credidit iustum apud alios : credere debet iustum apud se: per æquitatem naturalem quam docet prætor *in Rub. quod quisque iuris supra eo.* Hoc autem intelligendum esset, vbi in principe vigeret eadem ratio : secùs si diuersa. Leges ergo non ligant pontificem vel regem inquantum sunt inferiores eis: tamen æquitas naturalis, quæ est superior obligat eos, siue illa æquitas sis comprehensa in legibus siue sit æquitas illa, ex qua ipsi facere debent, quæ alijs iusta iudicãt: *& ita intelligo legem ex imperfecto de testamentis. C. & l. cum hæredes. C. qui testa. fa. pos. l. ex imperfecto de leg. 3.* vbi ex imperfecto testamento nec imperator hæreditatem consequi potest, quia etsi à solennibus legis solutus sit, nihil tam proprium imperij est, quam legibus viuere : & in hoc ius cõmune cum imperotore obseruatur, vnde mutari potest testamentum:in quo Augustus hæres institutus est. ratio est quia ista libertas mutandi testamẽta, à iure vel ratione naturali prouenit. *vt l. 1. C. de Sacrosanct. Eccle.* Vnde leges de hoc loquẽtes eum ligant & in eo habẽt locum: hoc tamen intellige nõ ex se sed ratione comprehensi quod est superius. † Concludo 17
ergo ꝙ princeps ratione naturali obligatur, leges quas fecerit obseruare, dumodo in ipso

ſit eadẽ ratio quæ eſt in ſubditis. Dubito tamẽ an iſta ratio ſit ita eminens prout eſt ratio pacti obſeruandi: quia video, quod ad pacta obſeruanda princeps de iure cononico obligatur. *vt in c. nouit. de iudicijs. & in ca. 1. de probationibus.* & verum eſt eum obligari quia comprehenditur in c. 1. de pactis. cum ſummo pontifici ſit ſubditus. *vt in cap. 1. de conſt. & in c. ſolita de maio. & obe.* ¶ Tamen non legi hucuſq; quod princeps ad ſuas leges ſeruandas compelleretur: & ſi verum ſit quod ipſa iuſtitia hoc commendatur, *vt in c. iuſtum. 8. diſt.* maximè hoc exemplo auctoris noſtræ ſalutis: qui prius incepit facere & legi optemperare, poſtea docere. *vt in c. ideo 25. q. 1. §. his ita reſpondetur.* Neſcio pro nunc, ſi eſſet compellendus, maximè in arbitrarijs quis audeat, quia habet auctoritatem noſtra maiorem.

g Adde iſtud eſſe verũ ſine 18 culpa ſua. in c. 1. de feu. ſi culpa non amittit niſi In caſu §. deniq; quibus in feu. amit. Item niſi in caſu § Ad hoc. § ſi vero & ibid Bald. de pace iu. fin.

† Quarto ex text. infero rationem quare feudatarius g non poſſit priuari à principe: nam feudum eſt contractus & ex contractu princeps obligatur. *vt in iſto text. & l. Caſar. de publicanis, & in epiſtola inter claras. C. de ſumma trinitate & fide catho.* Hanc rationem aſſignat dominus Abb. *in c. quæ in eccleſiarum. de conſtit. in vlt. col.* Sed moderni Papienſes, eum reprehendunt *in. l. ſi pecuniam. infra. de cond. ob cauſam in 6. col.* vbi dicunt quod ideo non poſſunt reuocare feudum, non quia eſt contractus: ſed quia eſt contractus nominatus. Miror de tali doctrina, cum enim princeps ipſa rationi naturali ob-

rali obligetur. quid ergo quo ad naturalem æquitatem, nomen potest efficere? maximè quod hîc est text. quod eadem æquitate naturali nominati & innominati contractus obseruantur, eo magis quod etsi feudum sit cõtractus nominatus: nomen tamen habet à lege ciuili *ita ipse Bart. quem Iason allegat in l. iuris gentium. §. quin immo in fi. col. infra. eo. non ergo à nomine ciuili ipse princeps obligari potest*, vnde est vera Abbatis ratio.

GLOSSARVM L. I. *Interpretatio.*

† Venio ad glossas: Glossa prima in princi- 19
pio allegat concordantes. Secundo taliter opponit. tex. iste dicit, quod naturalis versatur æquitas in pactis obseruãdis. contra. nam naturalia animantibus omnibus sunt cõmunia *vt l. 1. §. ius naturale. su. de iusti. & iure.* Sed pacta obseruare non competit animalibus brutis: quia sensu carent: *vt l. 1. si quadrupes pau. fe. di. infra.* ergo pacta iure naturali non seruantur. ideo glossa exponit: naturalis. id est: iuris gentium: *vt institutis de rerum diuis. §. singulorum.* & sic impropriè; nam proppriè naturalis est illa æquitas quæ est omnium animantium. Hæc dicit glo. tamen ista altius exordiri deceret, quæ latè disputaui in materia iuris naturalis. pro nunc tamen considero, quod in lege naturali primum principium est bonum. vnde omnis hominum aut creaturarum omnium inclinatio ad bonum tendit. Secundum ergo ordi-

namquod ex genere competit, commune est: quod ex specie magis proprium. Hoc probatur per id quod dicunt philosophi & medici: quod id quod alicui competit ex propria speciej: competit ei à proprietate occulta, puta in magnete. nam ex genere suo tendit deorsum: ex propria tamen specie attrahit ferrum, q sibi æque propriè & magis competit quàm tendere deorsum: ea ergo quæ ex specierum inclinatione competunt, propriè aut proprius naturalia erunt, quàm ea quæ ex genere. Et ideo pacta obseruare proprio iure naturali tenemur, cum hoc ex specie nobis competat. Immo ea etiam quæ ex genere nobis competunt, nisi cum specie conforment, id est, cum ipsa ratione, non eruntiura naturalia; quia ius sine ratione stare non potest, & inclinationes prout generi ita speciei conuenire debent. *ita ipsi Peripatetici vbi supra. & hoc est quod intendit text. in cap. ius naturale. 1. dist.* cum dicit. nam hoc, aut si quid huic simile est, nunqnam iniustum sed natnrale æquumque habetur & vt ibi vides text. loquitur de his quæ ad nos pertinent ex genere substantiæ, & ex animalis genere, & ex propria specie. Tamen omnia eo naturalia, quia æqua: quæ æquitas ratiõe constat & discernitur. *vt l. 1. de iusti. & iure post prin.*

¶ Et sic respondebam ad definitionem per glo. allegatam, dum Romæ inllustrissima cardinalium circumdatus corona, publicè responderem. Scio quod ista exasperant animũ

eorum qui vulgariter ius naturale intelligũt: sed si benè considerent, quæ de his quandoq; dicemus, forsan hæc & illa inuenient vera.

12 ¶ Glossa in tertia parte nota ex textu *iuncta. l. hæres à debitore. § seruo:* quod vbi inest æquitas naturalis, ibi inducitur naturalis obligatio: hoc ita probare intendit. nam hîc probatur pacta seruari ex æquitate naturali & ista pacta habent obligationem naturalem, ergo vbi inest æquitas ibi naturalis obligatio. *melius tamen probatur in l. has obligationes. de capitis diminutione. & facit optimè text. in §. per traditionem. instit. de rerum diuis. tenet Bar. & latè declarat in l. Iulianus verum debitorem in 8. col. infra de condi. indebi.*

¶ Glossa secunda opponit contra text. hîc dicitur, quod nihil tam conueniens &c. contra. nam Deum colere, magis conuenit, cum anima omnibus sit præferenda rebus. *vt l. sancimus C. de Sacrosanct. Eccle.* ¶ Respodet glo. quod est hyperbolica locutio, id est quidã excessus: *& ita Bar. seu. Pau. de cast.* dicit, quod immo non est excessus quia text. loquitur de his quæ homines agunt inter se & in his est verum quod nihil est conuenientius fide. Sed glo. loquitur de religione Deo debita, & illa præponitur omnibus, per rationem glossę. hæc ipse mihi videtur quamuis tex. negaret expresè, quicquã esse tam cõueniẽs fidei humanæ, quàm placita obseruare: q̃ verũ diceret, nec esset excessus. Nam nihil tãtùm cõuuenit cuilibet enti, quãtũ conseruatio sui finis, & sua, & hoc p̃ se notũ

est.

est, cum ergo fides sit conuentorum constantia & veritas, vt Tullius primo libro de officijs: Si conuenta obseruantur, fidei finis & essentia conseruatur. cui nihil aliud tam conueniens. Et hoc voluit dicere text. non ergo habetur hîc respectus ad cultum diuinum. nec ad ea quæ homines agunt inter se *vt glos. & Pau.* Sed ad fidem humanam, quam credo voluit distinguere à fide circa Deum & cœlestia.

¶ Item credo quod si glossę ratio approbetur à Paulo, tamen quod non eleganter loquatur: nam dicit Deum colere magis conuenit quam pacta obseruare, rationem subiungit. quia anima cunctis rebus præferenda est. Primo videtur quod argui potest, quia non est Deus colendus, nec amandus respectiuè: Sed propter se: hoc tamen Theologis relinquo. Secundo, quia si Deus est colendus propter animam, etiam pacta sunt seruanda propter animam, quia non obseruando peccaretur, *vt in c. 1. de spons. duorum vulgato. c. iuramenti. & probatur. in c. fi. de consuetudine.* vbi transgressio iuris naturalis periculum salutis inducit, ergo mala ratio glossæ ad dandam differentiam, cum eadẽ ratio in vtroq; casu habeat locũ. Potest tamẽ saluari; quia etsi ex vtroq; casu dãnetur anima, ex vno profũdius, quã ex altera. cogita.

¶ Glossa in verbo Pactum intrat in deriuationem pacti & demum dicit, pactum à percussione palmarum dici, *idem dicit gloss. in l. 1. de censi. infra.* ex quo Doctores inferunt ad pro-

bationem pacis, & ad statuta, noto tamen q glosſ.ibi allegat tex.istum: & hic illum, & nec
23 iste, nec ille p bat. Sed credo † fœdus à percusſione porcę dici, quod refert Liuius primo lib. 1.deca. ſ. quod cum Romani cum albanis pacem celebrabāt mactabatur porca, in signum pacis: vnde aut fœdus à fide dictum est: quia in fœdere interponatur fides: aut quod in poscēdo fœdere, hostia mactaretur. Virgilius. Et cesſa iungebant fœdera porca. inde dicebatur fœdus percuti. Hinc intelligi poteſt lex prima de censibus, quæ loquitur de colonia fœnice: vnde Vulpianus originem traxit. erat enim armipotens fœderisque, quod cum Romanis percusſit tenacisſima. ita tex.

¶ Glosſa in verbo duorum, intrat in declarationem definitionis. ſ. quod cum pactum dicatur duorum consensus, ergo inquantum duorum est, differt à pollicitatione, quæ est vnius. ſ. solius offerentis promisſio. *vt l. pactum. de pollicitationibus. infra.* Sed promisſio ad pactū nudum est vestitum referri poteſt: & etiam ad pollicitationem: *vt l. ſciendum. §. dictum. de edil. edic. infra.* Sed hoc est verum, nisi in scriptis inueniatur. nam tunc ſtipulatione promisſum intelligitur: *vt institut. de inutil. ſti. §. ſcriptum hæc glosſ.*

24 † Noto ex glosſ. quod verbum *Promisſum* in scriptis redactum intelligitur per ſtipulationem. *idem tenet glosſ. in. §. ſcriptum in glo. allegato. & in l. ſciendum de verb. oblig. infra. & in l. lecta. ſi certum pet. &*

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

pet. & in. l. 1. C. de vsuris. & vbique omnes Doctores quos ego viderim. ¶ Ego tamen dubius sum quia non video congruentem rationem differentiæ inter instrumẽta & testes, & scriptum, & verbalem dispositionem. etsi pro parte doctorum faciat aut videatur facere tex. *in d. §. scriptum. & §. fi. Instit. de fideiuss. & in l. sciendum. de verb. oblig. & in l. titia. §. penul. eo. tit. & in l. 1. C. de con. & com. stipu.* & prima ratio dubitationis est: quia concludens debet esse probatio. *vt l. non ob hoc. C. vnde legitimi. & l. ad pvobationem. C. de proba.* Sed cum verbum promitto sit aptum ad pollicitationem & pactum, prout ad stipulationem, *vt supra.* ergo non concludit in stipulatione. ¶ Secundo certum est quod instrumentum venit probationis nomine, *vt latè per cano. in Rubr. de proba.* Sed probario debet interpretari in casu minus stringenti. *vt in. c. in præsentia de proba.* ergo verbo promitto in instrumento positum deberet interpretari. s. per pollicitationem cum per eam minus stringat. *vt l. pactum de pol.* ¶ Tertio facit probatio debet esse certa: sed cum actus certitudo per essentiam rei cognoscatur. *vt in l. certum. si cer. pet. infra.* qui probat promissionem, non probat stipulationem: sed partem eius, cum ipsa constet ex interrogatione & respon. *vt l. 1. in princ. & l. 5. §. stipulatio. de verb. oblig. l. obligamur igitur de acti.* ergo non est talis probatio certa. Hinc pondero vnũ quod sentit tex. *in d. l. sciendum. §. dictum.* quod tunc ꝓmissio comprehendit stipulationem, quando proba-

probatur ad promissionem interrogationem praecessisse: nam tunc vera est consequentia, promisit, ergo est stipulatio. *quod intelligo vt. in L. iuris gentium. §. quod fere. infra eo.* Secùs ergo si nihil de interrogatione probetur. nam tunc stat in terminis pacti vel pollicitationis, hoc est quod text. dicit in hæc verba: promissio refertur; vel ad sponsionem secùndum quod incipiet is, qui de huiusmodi causa stipulanti spopondit. Sequitur ergo quod per promissionem nullo alio probato non probatur stipulatio.

25 †Quarto, certum est quod venditio solet fieri in scriptis & sine scriptura: *vt instit. eo. in prin. tex. autem in l. sciendum. §. dictum.* interpretatur, quid significet promissum in talibus emptionibus vel contractibus, ergò comprehendit etiam emptiones scriptas: aut non video, quare non compredendat. maximè, quod iura quorum causa text. doctores restringunt. forsan rectè intellecta non obstarent. Hoc confirmatur, quia communiter omne pactũ: & per consequens omnis emptio solet fieri scriptura: *vt notatur in. c. pactum. de verb. sig.* vnde dicit ibi text. quod pactum est inter partes cõueniens scriptura: quasi velit declarare, pactũ ita fieri saltem communi vsu; vnde sequeretur absurda restrictio ad dictum. *§. pactum.* Item sequeretur, quod pacto nudo nullus scriptura obligaretur, nisi expresè hoc caueatur. Item sequeretur quod tex. *in d. c. pactum.* non describeret, nisi stipulationem solùm, non pactum nudum

nudum promissorium, quod etiam videtur asperum. Item sequeretur quod omnia iura quæ de verbo placuit: de verbo cõuenit: & de verbo spopondit loquuntur, non intelligantur per scripturam: quod non est in consuetudine: *de quibus per Ia. in. l. lecta. in 5. & 6. col.* † Quinto videtur text. expressus *in l. 1. C. de dotis promiss.* 26
vbi verbum, promitto, positum in instrumento, exponitur à glossa & doctoribus quod fuit promissum pacto Bal. ibi & latè Iaso. *in l. lecta in 5. colum.* respondet quod ibi ideo est, ne demus duo specialia, itaque in casu speciali à iure verbum: promitto: non intelligitur stipulatione: ne duo demus specialia. ¶ Sed credo quod ibi nullum sit speciale. Primùm: speciale tradunt doctores, quia dos incerta fuit ibi promissa, quæ promissio specialiter valet. *vt leg. cum post. §. gener à socero. de iure dotium*: immo text. ille non esse speciale probat, cum dicat, quod valet dotis incerta promissio, nec est simile quod promissio corporis ignoti non valeat, cum magna sit differentia inter corpus ignotum & modum constituendæ dotis. Sic ergo ex differentia & dissimilitudine valet non ex specialitate quod forsan latius declarabo. *in l. iuris gentium. §. sed cum nulla.* nam etsi ibi sit specialitas in casu, nulla tamen specialitas secundùm naturam dotis. ¶Præterea quod verbum, promisisse: intelligatur per stipulationem non est ex specialitate: sed secùndum naturam

vbi

vbi *vt d.l. sciendum.§.dictum.* & hoc verum esset si vt doctores intelligimus tex. l.1. loqui in pacto nudo, prout ipsi docent. quod non asseueranter affirmo. tamen saltem verum est cõtra eos, quod in incerta dote nõ sit specialitas, quam credunt, ergo arg. validum & eorum doctrinæ dubitabiles. ¶ Sexto adduco textũ. *l. iuris gentium.§.quod fere.infra.* vbi tex. dicit quod in instrumentis solet inseri in fine (rogauit Titius, spopondit Meuius) & dubitatur an sit stipulatio. si ergo per verbum: promisit: ipso iure interpretatur stipulatio: superflua est talis præscriptio verborũ, & quasi inaniter dubitat an sit stipulatio, cum in instrumentis etiam per solum verbum promissionis, constet, stipulationem esse. ¶ Item, pondero intentionem tex. ibi. ex qua colligo quod etiam in instrumentis natura & propria significatio verborum quo ad stipulationis interpretationẽ obseruatur, quod optimè pro nostra dubitatione facit. ¶ Septimo facit. l. optimam. de contrahenda stipulatione. C. vbi text. refert verba instrumenti, in quo scribitur stipulationes per certos seruos celebrari. & postea iterũ subiungit ista verba & seruum adesse & fecisse stipulationem: & iterum subiungit, is pro quo scriptum est, seruum fecisse stipulationẽ. Itaque referendo verba instrumenti probantia stipulationem: non videtur quod se referat ad promissionem solam. Sed ad verba quæ referuntur in instrumento. s. stipulationem esse

factam

factam. Ad hoc etiam facit l.1.C.de vsuris.vbi dicitur quod si interrogatione pręcedente, promissio vsurarum rectè facta probetur, licèt instrumento conscripta non sit, tamen optimo iure debẽtur.ergo sentit quod etiam in instrumento interrogatione pręcedente conscribitur,licet text. sentiat, quod firmior est probatio instrumenti ad ipsam stipulationem, quàm testiũ, quia melius retinetur forma stipulationis in charactere instrumenti, quam in hominis memoria,quę angusta est & labilis. † Octauo facit lex lecta. si certum petatur.vbi verbum: *conuenit:* etiam in instrumẽto,significat nudam conuentionem: sed verbum *conuenit* est commune ad nudam & verbis vestitam,prout promissio: *vt est tex.expressius in.§.adeo. infra.* ista lege ergo. ita etiam in verbo:promisit:Bart.*in ea.l.lecta.in 2. columna.* facit istam oppo.& soluit, quod ideo est hoc in cõuentione:quia conuentio est verbum generalius promissione, nam conuentio, refertur ad conuentionem tacitam & expressam: *vt l. Labeo.infra.isto tit.* quod non est in promissione. ideò verbum conuenit, ad pactum tantum se refert.tamen ista doctrina Bar.credo nihil sit: quia conuentio cum ad contractum refertur, vel cum in instrumentis contractuum ponitur,non potest referri;nisi ad pactum aut stipulationem: *vt in d.§.adeo.& in.§.conuentionis.infra.eo.* Sed verbum, *Promisit,* etiam ad simplicem pollicitationem potest referri. *vt l.sciendum.§.*

27

Promisit.

tio, quàm vt non censeatur. Hoc patet quia ideo quod post eas posita est, assumit eorum essentiam: & dicitur fictè inesse, & stipulatum censeri: *vt patet in versi. dicebam eiusdem legis.* Præterea videtur ibi text. expressus pro ista opi. nam ibi in scriptura loquitur & semel & rursus ponuntur verba formalia stipulationis & cum ponitur verbum: conuenit, interpretatur sola conuentione. Nec obstat qꝫ sint verba partis, nam ius faciunt nisi reprobentur à decisione: *vt notatur in c. pro illorum. de preben. text. allego in cap. officij de pœniten. & remiss.*
† Nono facit, nam si verum esset quod verbum: promitto: in scriptura positum intelligitur per stipulationem, sequeretur quod literarum obligatio destrueretur, quia promissio tacita aut expressa semper inest in literarum obligatione; sed literarum obligatio non dicitur, cum interuenit stipulatio: *vt in prin. insti. de lit. ob.* Ergo verbum, promitto, in scriptura non inducit stipulationem: quia si induceret stipulationem non posset inducere literarum obligationem. Huius timore Io. faber instit. eo. confessus est. quod per verbum promitto, non obligtaur quis literis: Sed pôt obligari ꝑ verbũ *cõuenit*: vel ꝑ verbũ: cõstituo: De verbo ꝓmitto qꝫ nõ pôt formari literarũ obligatio. Falsũ dicit & contra *l. si sub spe. C. de postu. de verbo conuenit,* malè dicit secũdũ cõmunem opinionẽ. *in l. lecta.* quia idem qꝫ de verbo, ꝓmitto, vt supra. de verbo, cõstituo, ego dubito: an benè dicat. 28

dicat. nam si quis fatetur recepisse pecunias quas constituit soluere. hic erit contractus cõ-
29 stituti. *vt l. §. debitum. de const.* cogita in hoc. ¶ Vltimo ego ostendo quod inter scripturam & testes nulla & in hoc differentia, quia nulla est ratio differentiæ. Prima ratio quam ponunt doctores est, quia instrumenta fiunt à notarijs & peritis &c. istum facile rationibus destruerem, *sufficiat tex. per quem illam destruit Bar. in l. 1. C. de vsuris. §. lex prima. C. de contrahenda stipul.* vbi in scriptura priuata loquitur & sic in ea quæ non fit à notario. *addo alium text. expressum. l. titia. §. penul. supra alle. Vnde non est bona solutio Ange. ad. l. lecta. nec limitatio 2. quam dat ibi Ias. in 5. col. eum secutus, vnde punge eundem Ias. in Rubrica de verb. oblig. in 1. col. quasi ad fi. ibid. secundo est promisso.* ¶ Alia ratio quam refert Paul. de cast. *in l. 1. C. de vsuris.* est quod scriptura fit inter partes consensu eorum: ideo benignè interpretanda & verba quæ in ea ponũtur censentur valere efficaciori modo quo possunt. Secus est in testibus qui cõtra vnam partem adducuntur. ideo eorum verba strictè intelliguntur & vt minus præiudicent ipsi contra quem proferuntur. ¶ Hæc ratio vna est in vtroq; casu. nam prout instrumentum est factum vtriusque partis consensu. & in eo referuntur, quæ inter partes acta sunt, ita testes nihil faciunt nisi referre atque enunciare ea in quæ consenserunt. & sicut testes adducuntur contra partem, ita scripturæ. *vt in cap. 1. de proba. & per totum titulum supra proximum:*

Digitized by Google

mum: maximè in. l. 1. §. editiones. & §. diem, eò magis, quod benigna interpratatio pro ſtipulatione eſt *contra regulam. §. fi. inſtit. de obliga. quæ ex conſenſu. & legis quicquid aſtrigenda. de verborum ſigni infra.* † Alia eſt ratio Bar. Pauli & Sequacium. 30
quod teſtis debet deponere de his quæ percipit ſenſu corporeo, non autem de his quæ cõſtant ex iudicio, quia tunc magis eſſet iudicium quam teſtimonium: *vt. l. teſtium. C. de teſti.* vnde ſi teſtis diceret, promiſit, per ſtipulationem, iudicaret quia ſtip. eſt iuris, debet ergo teſtificari de facto: ideſt de interrogatione & reſponſione, ex quibus reſultat ius ſtipulationis. Secùs tamen eſt in inſtrumento: in quo ſi fecerit ſcribi quod fideiuſſit vel promiſit hoc fuit ſcriptum voluntate ipſius, vnde probatur fideiuſſio & ſtipulatio. *ita Bar. in dicta l. ſciendum.* iſta tamen ratio etſi in alijs forſan pungi poſſit, id omitto, & ad propoſitum veniendo fateor quod teſtis debet deponere de interrogatione & reſponſione. Item quod in inſtrumento poſſit poni quod ſtipulatum eſt inter partes etſi ſtipulatio ſit iuris: *ad hoc eſt text. expreſſus in l. optimam, ſupra ſæpius ponderata.* Item concedo quod poteſt ſcribi in ſcriptura fideiuſſiſſe, & quod per hoc intelligatur ſtipulationem interueniſſe cum interrogatione & reſponſione. *vt in. §. fi. Inſt. de inutilib. ſtipulationibus, & l. ſciendũ.* & quod in teſte aſſerente partem fideiuſſiſſe vel ſtipulatam fuiſſe, hoc non haberet locum, qui neceſſe eſt, quod de cauſis à

ſenſu perceptis ipſe teſtetur, aliàs non creditur. *vt notatur in l. non ſolam. C. de teſtib.* quod pro nunc admitto. Nego tamen quod ſi in ſcriptura dicatur partem promiſiſſe interpretetur ſtipulatione magis quam pacto, quia hoc non probabitur & promiſſio eſt facti & non iuris: *vt in l. conſilio. de curato. fu. infra.* Hoc intelligo etiam ſi fiat per ſtipulationem *tex. eſt & ibi Bar. l. 5. §. ſtipulatio. de verborum. vnde ratio Bart. in promiſſione nil concludit.*

31 † Venio ad reſolutionem contrariorum in quibus ſtat difficultas & forſan cognitio veritatis. Primo non obſtat. text. *in l. ſciendum. de verborum oblig. cum. §. finali. Inſtitutis de fide.* Nam loquuntur in fideiuſſione, cum quis ſcribit ſe fideiubere. videntur omnia ſolemniter acta, id eſt ſtipulationem præcîſſe. ratio eſt quia fideiuſſio non poteſt ſtare ſine ſtipulatione. *vt l. 5. §. ſatis acceptio. de verborum obligationibus. l. blanditus. C. de fideiuſſio.* vnde ipſa ſtipulatio, vel interrogatio, & reſponſio dicitur ſolemnitas intrinſeca, ſine qua actus ſtare non poteſt, & ideo præſumitur *vt traditur in c. cum. t. virum de regula, & ita omnes Doctores hoc docent in dicta. l. ſciendum.* Secùs tamen eſt in verbo, promiſit: nam promiſſio poteſt eſſe ſine ſtipulatione, puta nudo pacto vel polli. vt in prædicta. *l. ſciendum. §. dictum. de edil. edic.* Non obſtat fortiſſimus. §. ſi ſcriptum. Inſti. de inutil. ſtipu. vbi text, expreſsè dicit, quod ſi ſcriptum in inſtrumento ſit promiſiſſe aliquem perinde habetur: ac ſi interrogatione præcedente reſponſum

Præſumitur ſolennitas intrinſeca.

- cld 30 - 33 -

ſum ſit hæc text. cui certè difficilè eſt reſpondere. Præſupponendum eſt, quod cum verbum promitto ſit generale, ad pactum & ſtipulationem & pollicitationem: aliquando refertur ad pactum: aliquando ad pollicitationem: aliquando ad ſtipulationem, ſecundum ſubiectam materiam: quod ad ſtipulationem referatur, etiam extra ſcripturam. habeo. *l. ſi ita quis in princ. de verb. oblig. l. cum ad ea. de dotis promiß. C. l. promittendo. de* [illegible] *dot. in princ. infra. l. 2. in prin. infra. de dona. l. 1. C.* [illegible] *re dot. l. diem proferre. §. ſi. de ar. infra.* & quod referatur ad pactum nudum plures inuenies vt doctores fatentur. Sic ergo in. §. ſi ſcriptum; verbum *promiſiſſe* intelligitur. ſ. promiſiſſe per ſtipulationem. Vnde dubitatio erat, quod ſi in inſtrumẽto ponantur iſta verba: promiſi per ſtipulationem: an per hoc conſtet me promiſiſſe interrogatione præcedente: & dicit tex. quod ſit, Ratio dubitationis erat duplex: Prima quia ſtipulatio eſt verborum obligatio & verbis debet fieri. *vt in. l. 1. in princ. eo. tit. infra.* vnde videbatur quod non poſſit ſcriptura fieri: vt text. ibi videtur ſentire: tamen contrarium hic determinatur, quod ſi in ſcriptis illa verba poſita ſunt. ſ. promiſit per ſtipulationem, vel interrogatione præcedente, habeant eãdem vim, atque ſi verbo tenus prolata fuiſſent: & quod iſta ſit vera dubitatio probatur per tex. *in l. iuris gentium. §. quod ferè ſæpè al.* vbi cum in ſcriptura vel inſtrumento ponuntur iſta verba, rogauit Titius & ſpopon-

Digitized by Google

ſpopondit Mæuius, dubitatur an ſit ſtipulatio, & dicitur quod ſtipulationis loco habetur, quaſi non ſit vera, quia vera verbis fit, & non ſcriptura: & ita idem dicit text. in §. ſi ſcriptum: perinde habetur, atq; ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit: & quod iſta ſit vera intentio probatur per. §. fi. inſti. de fideiuſſo. vbi dicitur: in ſtipulatiõibus fideiuſſorum. ſciendum eſt hoc generaliter accipi, vt quod cumque ſcriptum ſit, quaſi actum, videtur etiam actum. Itaque eſt iſta regula ab his legibus, quod ſi ſcribitur in inſtrumento per ſtipulationem promiſiſſe, intelligitur ſtipulatum eſſe, dum tamen fiat inter præſentes, quia ſtipulatio non poteſt ſieri, niſi vtroq; præſente & loquente. *vt l. 5. eo tit. in prin. & hoc eſt quod exigit. tex. L. 1. C. de contra. ſtip.* nam ſi præſens ſit, ſcriptura pro locutione habetur, hoc dicunt iſta iura. ¶ Alia ratio dubitãdi potuit eſſe de ratione differentiæ, quam ponit Bar. *in l. ſciendum in 2. col. de qua ſupra*, quia teſtes non poſſunt ſimpliciter deponere ſtipulationem eſſe factam, niſi de cauſis deponant. ſ. de interrogatione & reſponſione, quia eſſet iudicium & non teſtimonium. Tamen ſi in inſtrumento pars ſcripſit aut fecit ſcribere quod promiſit ꝑ ſtipulationem per hoc probatur interrogatio & reſponſio, & habetur atq; ſi ibi inſerta fuiſſet, hoc dicit. §. ſi ſcriptum ſecundum alium ſenſum: & ad iſtum ſenſum intrat ratio differentiæ Bar. & doctorum: non autem ad differentiam

tiam verbi, promisit, vt superius ostendebam. ¶ Quisque tamen dicet quod durum videtur, vt in. §. si scriptnm: verbum, promisisse, debeat exponi vel suppleri. s. stipulatione vel interrogatione præcedente: tamen mihi durior videtur dubitatio superiorum, eò magis quod nulla duricies est cum verbum de sui natura ad hoc adaptetur, *vt l. sciendũ. §. dictum: & supra dixi.* & ex materia subiecta, hoc fit, in infinitis iuribus, quæ superius adduxi, quæ simpliciter de promissione loquuntur, & tamen debent exponi aut intelligi per stipulationem, aut spõsione præcedente. Vnde cum in illo titulo: de inutilibus stipulationibus text. loquatur: etiã si loquatur per verbum promisisse, intelligitur interrogatione prçcedente & q̀ ista sit veritas do tibi tex. *in. §. si quis alium. eo. tit.* vbi de stipulatione tantum per verbum, promisisse, loquitur & necesse est ita intelligere, prout ego intelligo. §. si scriptum & èconuerso cum loquitur de interrogatione intelligit etiam stipulationem. *vt in. §. si quis ita. eo. titul. cum simil.* & hoc ex materia subiecta, quia tractatur de inutili stipulatione, vnde per verbum, promisisse, stipulatione, intelligit promissionem & ita fuit in. §. si scriptum. † Non obstat tex. *l. 1. C. de contra stipu. & in. l. titia. §. item de verbornm obligationibus.* nam aduertendum est. quod ibi loquuntur, cum pars per scripturam cauere intendit vt verba sonant, vnde nomine cautionis promissio per stipulationem. s. efficax in- 33

Digitized by Google

telligitur.*l.sancimus.C.de verborum signi.& ibi gloss. fi.& l.lecta.in prin.si certum petatur. & in l.minorem. C.de non num.pecu.& l.si ita quis.§. Scia cauit de verborum. oblig. & ita tenet Iason in .l.lecta.in 6.col.si cer. petatur.* nimirum ergo, si cautio per scripturã stipulatione efficax intelligatur: *& hoc adaptatur melius legi titia.§.item.* ¶ Ad legem autem primam, si velis poteris respondere, quod scriptum erat stipulationem esse factam ex text.dicit quod tantum est, atque si verbis interrogantis & respondentis ibi inserta fuisset. ¶ Ex his infero, quod si in instrumento vel scriptura sit scriptum aliquem fideiussionem aut stipulationem fecisse, aut cautione promisisse, vel cauisse, censentur omnia solemniter acta: & stipulatione confirmata: vt iuribus superi-
34 us allegatis; quod secùs est in teste, † qui debet deponere de ipso actu responsionis & interrogationis secũdum doctores. quod vltimum pro nunc omitto. ¶ Item infero nouam conclusionem, quod etiam in instrumentis verbum promitto, non probat stipulationem: quam sub dubio teneo: teneat firmius qui sentit firmius.

¶ Glossa in verbo *in idem:* venit declarando definitionem positam in tex. cum dicat quod pactum est duorum in idem consensus intelligit in idem.s.dandum à paciscente paciscenti, aliàs non erit pactum. Vltra tamen declarat quod si ego pacisor tecum vt Titius det Scio, vel quod Titius det mihi, tunc non erit pactũ. hæc

Digitized by Google

hæc dicit gloſſ. in prima parte: quam Bart. ſequitur & declarat per legem quæcunque de act. & obli. dicens quod quæcunque gerimus, niſi aſſumant initium in perſona noſtra, actum efficiunt inutilem. Item verbum promitto, vt aliquid importet, exigit promittentem & cui promittatur & rem promiſſam, quæ omnia debent aſſumere initium à perſona noſtra: ſed ſi tibi promitto quod Titius dabit Scio, vel quod Titius dabit tibi, tunc res non ſumit initium à perſona noſtra: ſed à Titio vnde non eſt pactum. *hæc ipſe Bar. & gloſſ.* Ego ta- 35
mẽ dubito: nam ſi tu & ego paciſcimur vt Titius det Scio: vel Scius det mihi, pactum eſt, patet, quia huic rei competit, definitio, cum hîc duorum in idem eſt conſenſus. *item eſt text. ſecundum vnum intellectum. in. c. ex reſcripto de iure iurando.* nam ibi factum alienum promittitur. *& in l. ſtipulatio iſta. in princ. & §. ſi quis inſulam. & l. quotiens quis de verborum oblig.* vbi ſtipulationes facti alterius valent in aliquibus caſibus, nam ſi non haberent in ſe pactum, non eſſent ſtipulationes & ideo nullo caſu valere poſſent, *vt in verſiculo & ideo infra iſta lege.* & id ꝙ dicitur in ſtipulationibus prætorijs, valere ſtipulatiões, quibus promittuntur facta aliena, & ſi dicantur interpretari, promittentes ſe facturos & curaturos. Ideo eſt quia verè & realiter pacta ſunt, aliàs ſi pacta non eſſent, non poſſent interpretari. ¶ Non obſtat lex quæcunque: nam quo ad obligationẽ ciuilẽ quærendã loquitur.

Hoc melius probatur quia ibi loquitur tex. cū quis alteri stipulatur, in quo casu est pactum. vt Bar. & glo. ista fatentur in finali parte & tamen inutilē actum efficiūt. s. quo ad ciuilē ob-
36 ligationem. Hinc credo † quod in talibus pactis insit naturalis obligatio. Probatur primo quia sunt pacta, & pacta obseruari, naturali æquitati conuenit. Secundo probatur per c. ex rescripto. supra. alleg. Tertio per rationem: nam videmus quod Prætor rationem naturalem & ipsam æquitatem sequitur: *vt. l. quod si Ephesi de eo quod certo loco. infra.* Sed à Prætore talis promissio obseruatur. *vt l. quotiens quis de verborum obligationibus.* Ergo inest naturalis obligatio: benè verum est quod cum alterum quis compellere naturaliter non possit: æquitate ipsa interpretatur talis obligatio: vt quia alium facturum promittit, curet inquātum potest, vt alius faciat: hoc colliges ex mente legis quotiens quis. & ex æquitate Canonica. *c. ex rescripto supra allegatis.*

37 † Glossa in secunda parte tenet quod si ꝓmittis mihi Titio dare, hoc est alteri pacisci, dicitur pactū. & hoc Bar. confirmat cęterique doctores, vnde quæro, an ex tali pacto nascatur obligatio naturalis, & per consequens canonica & ꝓ parte negatiua. Primo facit, quia si quis naturaliter & canonico iurè obligaretur: sequeretur quod quis non posset voluntatem mutare antequam acquiratur obligatio absenti. Sed consequens est falsum, *vt in cle. pri-*

Digitized by Google

cle. prima de renun. in c. fi. de procura. lib. 6. in c. si tibi absenti. de preben. eo. li. ergo & antecedens *hoc fundamento vtitur Abb. in prohemio decreta. in glo. super ver. seruus ibidemq; moderni latè.* ¶ Secundo facit ratio vrgens, si vera esset: quia videmus, quod per stipulationem alteri factam non potest nouari. *vt. l. certi conditio. §. quoniam, si certum petatur, infra.* sed si inesset naturalis obligatio nouari posset. *vt. l. prima. infra. de noua.* ¶ Tertio facit, nam prætor naturalem sectatur æquitatẽ, *vt in principio legis nostræ, & in l. 1. de constit. in princ.* Sed video quod cnnstitui non potest obligatio alteri facta. *vt l. eum qui. §. sed si quis constituerit. eo. tit.* ergo in tali contractu non inest illa æquitas *de qua in l. 1. eod. tit.* ¶ Quarto facit. *cap. quamquam de vsuris. libr. 6.* nam ibi si alteri quæreretur obligatio de lege canonum, non esset opus personis quæ absentibus quærerent puta seruis eorum. ¶ Quinto facit *tex. §. si quis alij. instit. de inutil. stipu.* vbi text. si quis alij quàm ei cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit. ¶ Item facit text. *l. si ita stipulatus. §. Chrysogonus. de verbo.* vbi dicit: quod obligationem nullam ex stipulatione alteri facta acquirere nobis possumus: ecce quod cum dictio vuiuersalis negatiuę debeat verificari de diuersis: nulla erit obligatio ciuilis, nec naturalis. Facit etiam text. *l. 1. §. quod meus. de stipnlatione seruorum.* vbi tex. refert talem stipulatiõem esse nullius momenti. His aut leuioribus fundamentis plures doctores pro ista parte determinabant.

dicat. nam si quis fatetur recepisse pecunias quas constituit soluere. hic erit contractus cõ-
29 stituti. *vt l. §. debitum. de const.* cogita in hoc. ¶ Vltimo ego ostendo quod inter scripturam & testes nulla & in hoc differentia, quia nulla est ratio differentiæ. Prima ratio quam ponunt doctores est, quia instrumenta fiunt à notarijs & peritis &c. istum facile rationibus destruerem, *sufficiat tex. per quem illam destruit Bar. in l. 1. C. de vsuris. s. lex prima. C. de contrahenda stipul.* vbi in scriptura priuata loquitur & sic in ea quæ non fit à notario. *addo alium text. expressum. l. titia. §. penul. supra alle. Vnde non est bona solutio Ange. ad. l. lecta. nec limitatio 2. quam dat ibi Ias. in 5. col. eum secutus, vnde punge eundem Ias. in Rubrica de verb. oblig. in 1. col. quasi ad fi. ibid. secundo est promisso.* ¶ Alia ratio quam refert Paul. de cast. *in l. 1. C. de vsuris.* est quod scriptura fit inter partes consensu eorum: ideo benignè interpretanda & verba quæ in ea ponũtur censentur valere efficaciori modo quo possunt. Secus est in testibus qui cõtra vnam partem adducuntur. ideo eorum verba strictè intelliguntur & vt minus præiudicent ipsi contra quem proferuntur. ¶ Hæc ratio vna est in vtroq; casu. nam prout instrumentum est factum vtriusque partis consensu. & in eo referuntur, quæ inter partes acta sunt, ita testes nihil faciunt nisi referre atque enunciare ea in quæ consenserunt. & sicut testes adducuntur contra partem, ita scripturæ. *vt in cap. 1. de proba. & per totum titulum supra proximum:*

Digitized by Google

mum: maximè in. l. 1. §. editiones. & §. diem, eò magis, quod benigna interpraetatio pro stipulatione est *contra regulam. §. fi. instit. de obliga. quae ex consensu. & legis quicquid astrigendae. de verborum signi infra.* † Alia est ratio Bar. Pauli & Sequacium. 30
quod testis debet deponere de his quae percipit sensu corporeo, non autem de his quae cõstant ex iudicio, quia tunc magis esset iudicium quam testimonium: *vt. l. testium. C. de testi.* vnde si testis diceret, promisit, per stipulationem, iudicaret quia stip. est iuris, debet ergo testificari de facto: idest de interrogatione & responsione, ex quibus resultat ius stipulationis. Secùs tamen est in instrumento: in quo si fecerit scribi quod fideiussit vel promisit hoc fuit scriptum voluntate ipsius, vnde probatur fideiussio & stipulatio. *ita Bar. in dicta l. sciendum.* ista tamen ratio etsi in alijs forsan pungi possit, id omitto, & ad propositum veniendo fateor quod testis debet deponere de interrogatione & responsione. Item quod in instrumento possit poni quod stipulatum est inter partes etsi stipulatio sit iuris: *ad hoc est text. expressus in l. optimam, supra saepius ponderata.* Item concedo quod potest scribi in scriptura fideiussisse, & quod per hoc intelligatur stipulationem interuenisse cum interrogatione & responsione. *vt in. §. fi. Inst. de inutilib. stipulationibus, & l. sciendũ.* & quod in teste asserente partem fideiussisse vel stipulatam fuisse, hoc non haberet locum, qui necesse est, quod de causis à

ſum ſit hæc text. cui certè difficilè eſt reſpondere. Præſupponendum eſt, quod cum verbum promitto ſit generale, ad pactum & ſtipulationem & pollicitationem: aliquando refertur ad pactum: aliquando ad pollicitationem: aliquando ad ſtipulationem, ſecundum ſubiectam materiam: quod ad ſtipulationem referatur, etiam extra ſcripturam. habeo. *l. ſi ita quis in princ. de verb. oblig. l. cum ad ea. de dotis promiß. C. l. promittendo. de [illegible] dot. in princ. infra. l. 2. in prin. infra. de dona. l. 1. C. [illegible]re dot. l. diem proferre. §. ſi. de ar. infra.* & quod referatur ad pactum nudum plures inuenies vt doctores fatentur. Sic ergo in. §. ſi ſcriptum; verbum *promiſiſſe* intelligitur. ſ. promiſiſſe per ſtipulationem. Vnde dubitatio erat, quod ſi in inſtrumẽto ponantur iſta verba: promiſi per ſtipulationem: an per hoc conſtet me promiſiſſe interrogatione præcedente: & dicit tex. quod ſit, Ratio dubitationis erat duplex: Prima quia ſtipulatio eſt verborum obligatio & verbis debet fieri. *vt in. l. 1. in princ. eo. tit. infra.* vnde videbatur quod non poſſit ſcriptura fieri: vt text. ibi videtur ſentire: tamen contrarium hic determinatur, quod ſi inſcriptis illa verba poſita ſunt. ſ. promiſit per ſtipulationem, vel interrogatione præcedente, habeant eãdem vim, atque ſi verbo tenus prolata fuiſſent: & quod iſta ſit vera dubitatio probatur per tex. *in l. iuris gentium. §. quod ferè ſæpè al.* vbi cum in ſcriptura vel inſtrumento ponuntur iſta verba, rogauit Titius &

ſpopondit Mæuius, dubitatur an ſit ſtipulatio, & dicitur quod ſtipulationis loco habetur, quaſi non ſit vera, quia vera verbis fit, & non ſcriptura: & ita idem dicit text. in §. ſi ſcriptum: perinde habetur, atq; ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit: & quod iſta ſit vera intentio probatur per. §. fi. inſti. de fideiuſſo. vbi dicitur: in ſtipulatiōibus fideiuſſorum. ſciendum eſt hoc generaliter accipi, vt quodcumque ſcriptum ſit, quaſi actum, videtur etiam actum. Itaque eſt iſta regula ab his legibus, quod ſi ſcribitur in inſtrumento per ſtipulationem promiſiſſe, intelligitur ſtipulatum eſſe, dum tamen fiat inter præſentes, quia ſtipulatio non poteſt ſieri, niſi vtroq; præſente & loquente. *vt l. 5. eo tit. in prin. & hoc eſt quod exigit. tex. L. 1. C. de contra. ſtip.* nam ſi præſens ſit, ſcriptura pro locutione habetur, hoc dicunt iſta iura. ¶ Alia ratio dubitādi potuit eſſe de ratione differentiæ, quam ponit Bar. *in l. ſciendum in 2. col. de qua ſupra*, quia teſtes non poſſunt ſimpliciter deponere ſtipulationem eſſe factam, niſi de cauſis deponant. ſ. de interrogatione & reſponſione, quia eſſet iudicium & non teſtimonium. Tamen ſi in inſtrumento pars ſcripſit aut fecit ſcribere quod promiſit ꝑ ſtipulationem per hoc probatur interrogatio & reſponſio, & habetur atq; ſi ibi inſerta fuiſſet, hoc dicit. §. ſi ſcriptum ſecundum alium ſenſum: & ad iſtum ſenſum intrat ratio differentiæ Bar. & doctorum: non autem ad differentiam

Digitized by Google

tiam verbi, promisit, vt superius ostendebam. ¶ Quisque tamen dicet quod durum videtur, vt in. §. si scriptnm: verbum, promisisse, debeat exponi vel suppleri. s. stipulatione vel interrogatione præcedente: tamen mihi durior videtur dubitatio superiorum, eò magis quod nulla duricies est cum verbum de sui natura ad hoc adaptetur, *vt l. sciendũ. §. dictum: & supra dixi.* & ex materia subiecta, hoc fit, in infinitis iuribus, quæ superius adduxi, quæ simpliciter de promissione loquuntur, & tamen debent exponi aut intelligi per stipulationem, aut spõsione præcedente. Vnde cum in illo titulo: de inutilibus stipulationibus text. loquatur: etiã si loquatur per verbum promisisse, intelligitur interrogatione præcedente & ꝙ ista sit veritas do tibi tex. *in. §. si quis alium. eo. tit.* vbi de stipulatione tantum per verbum, promisisse, loquitur & necesse est ita iutelligere, prout ego intelligo. §. si scriptum & èconuerso cum loquitur de interrogatione intelligit etiam stipulationem. *vt in. §. si quis ita. eo. titul. cum simil.* & hoc ex materia subiecta, quia tractatur de inutili stipulatione, vnde per verbum, promisisse, stipulatione, intelligit promissionem & ita fuit in. §. si scriptum. † Non obstat tex. *l. 1. C. de contra stipu. & in. l. titia. §. item de verbornm obligationibus.* nam aduertendum est. quod ibi loquuntur, cum pars per scripturam cauere intendit vt verba sonant, vnde nomine cautionis promissio per stipulationem. s. efficax in- 33

telligitur.*l.sancimus.C.de verborum signi.& ibi gloss. fi.& l.lecta.in prin.si certum petatur. & in l.minorem. C.de non num.pecu.& l.si ita quis.§. Scia cauit de verborum. oblig. & ita tenet Iason in .l.lecta.in 6.col.si cer. petatur.* nimirum ergo, si cautio per scripturã stipulatione efficax intelligatur: *& hoc adaptatur melius legi titia.§.item.* ¶ Ad legem autem primam, si velis poteris respondere, quod scriptum erat stipulationem esse factam ex text.dicit quod tantum est, atque si verbis interrogantis & respondentis ibi inserta fuisset. ¶ Ex his infero,quod si in instrumento vel scriptura sit scriptum aliquem fideiussionem aut stipulationem fecisse, aut cautione promisisse, vel cauisse, censentur omnia solemniter acta: & stipulatione confirmata: vt iuribus superi-
34 us allegatis;quod secùs est in teste, † qui debet deponere de ipso actu responsionis & interrogationis secũdum doctores.quod vltimum pro nunc omitto. ¶ Item infero nouam conclusionem, quod etiam in instrumentis verbum promitto, non probat stipulationem: quam sub dubio teneo:teneat firmius qui sentit firmius.

¶ Glossa in verbo *in idem:* venit declarando definitionem positam in tex. cum dicat quod pactum est duorum in idem consensus intelligit in idem.s.dandum à paciscente paciscenti,aliàs non erit pactum. Vltra tamen declarat quod si ego pacisor tecum vt Titius det Scio, vel quod Titius det mihi,tunc non erit pactũ.

hæc

hæc dicit gloſſ. in prima parte : quam Bart. ſe-
quitur & declarat per legem quæcunque de
act. & obli. dicens quod quæcunque gerimus,
niſi aſſumant initium in perſona noſtra, a-
ctum efficiunt inutilem. Item verbum pro-
mitto, vt aliquid importet, exigit promitten-
tem & cui promittatur & rem promiſſam, quæ
omnia debent aſſumere initium à perſona
noſtra : ſed ſi tibi promitto quod Titius dabit
Scio, vel quod Titius dabit tibi, tunc res non
ſumit initium à perſona noſtra : ſed à Titio vn-
de non eſt pactum. *hæc ipſe Bar. & gloſſ.* Ego ta- 35
mē dubito : nam ſi tu & ego paciſcimur vt Ti-
tius det Scio : vel Scius det mihi, pactum eſt,
patet, quia huic rei competit, definitio, cum
hîc duorum in idem eſt conſenſus. *item eſt text.
ſecundum vnum intellectum. in .c. ex reſcripto de iure
iurando.* nam ibi factum alienum promittitur.
*& in l. ſtipulatio iſta. in princ. & §. ſi quis inſulam. & l.
quotiens quis de verborum oblig.* vbi ſtipulationes
facti alterius valent in aliquibus caſibus, nam
ſi non haberent in ſe pactum, non eſſent ſti-
pulationes & ideo nullo caſu valere poſſent, *vt
in verſiculo & ideo infra iſta lege.* & id ꝙ dicitur in
ſtipulationibus prætorijs, valere ſtipulatiões,
quibus promittuntur facta aliena, & ſi dican-
tur interpretari, promittentes ſe facturos &
curaturos. Ideo eſt quia verè & realiter pacta
ſunt, aliàs ſi pacta non eſſent, non poſſent in-
terpretari. ¶ Non obſtat lex quæcunque : nam
quo ad obligationē ciuilē quærendā loquitur.

Hoc melius probatur quia ibi loquitur tex.cũ quis alteri ſtipulatur, in quo caſu eſt pactum. vt Bar.& glo. iſta fatentur in finali parte & tamen inutilẽ actum efficiũt.ſ.quo ad ciuilẽ ob-
36 ligationem. Hinc credo † quod in talibus pactis inſit naturalis obligatio. Probatur primo quia ſunt pacta, & pacta obſeruari, naturali æquitati conuenit. Secundo probatur per c. ex reſcripto. ſupra. alleg. Tertio per rationem: nam videmus quod Prætor rationem naturalem & ipſam æquitatem ſequitur: *vt l. quod ſi Epheſi de eo quod certo loco. infra.* Sed à Prætore talis promiſſio obſeruatur. *vt l. quotiens quis de verborum obligationibus.* Ergo ineſt naturalis obligatio: benè verum eſt quod cum alterum quis compellere naturaliter non poſſit: æquitate ipſa interpretatur talis obligatio: vt quia alium facturum promittit, curet inquãtum poteſt, vt alius faciat: hoc colliges ex mente legis quotiens quis.& ex æquitate Canonica. *c. ex reſcripto ſupra allegatis.*

37 † Gloſſa in ſecunda parte tenet quod ſi ꝓmittis mihi Titio dare, hoc eſt alteri paciſci, dicitur pactũ.& hoc Bar. confirmat cęterique doctores, vnde quæro, an ex tali pacto naſcatur obligatio naturalis, & per conſequens canonica & ꝓ parte negatiua. Primo facit, quia ſi quis naturaliter & canonico iurè obligaretur: ſequeretur quod quis non poſſet voluntatem mutare antequam acquiratur obligatio abſenti. Sed conſequens eſt falſum, *vt in*

cle.pri-

Digitized by Google

cle. prima de renun. in c. fi. de procura. lib. 6. in c. si tibi absenti. de preben. eo. li. ergo & antecedens *hoc fundamento vtitur Abb. in prohemio decreta. in glo. super ver. seruus ibidemq́; moderni latè.* ¶ Secundo facit ratio vrgens, si vera esset: quia videmus, quod per stipulationem alteri factam non potest nouari. *vt l. certi conditio. §. quoniam, si certum petatur, infra.* sed si inesset naturalis obligatio nouari posset. *vt l. prima. infra. de noua.* ¶ Tertio facit, nam prætor naturalem sectatur æquitatē, *vt in principio legis nostræ, & in l. 1. de constit. in princ.* Sed video quod cnnstitui non potest obligatio alteri facta. *vt l. eum qui. §. sed si quis constituerit. eo. tit.* ergo in tali contractu non inest illa æquitas *de qua in l. 1. eod. tit.* ¶ Quarto facit. *cap. quamquam de vsuris. libr. 6.* nam ibi si alteri quæreretur obligatio de lege canonum, non esset opus personis quæ absentibus quærerent puta seruis eorum. ¶ Quinto facit *tex. §. si quis alij. instit. de inutil. stipu.* vbi text. si quis alij quàm ei cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit. ¶ Item facit text. *l. si ita stipulatus. §. Chrysogonus. de verbo.* vbi dicit: quod obligationem nullam ex stipulatione alteri facta acquirere nobis possumus: ecce quod cum dictio vuiuersalis negatiuę debeat verificari de diuersis: nulla erit obligatio ciuilis, nec naturalis. Facit etiam text. *l. 1. §. quod meus. de stipnlatione seruorum.* vbi tex. refert talem stipulatiōem esse nullius momenti. His aut leuioribus fundamentis plures doctores pro ista parte determinabant.

38 ¶ Pro contraria tamen parte credo melius determinandum esset. Primo facit ratio glossæ nostræ & Bart. hic: nam est pactum, ergo obseruandũ ratione naturali, *vt in l. nostra.* & ꝑ consequens à canone. *vt in. c. 1. de pactis.* nec obstat id quod de constituto dictum est: *vt inferius ostendam.* ¶ Secundo faciunt omnia ea, quæ de pollicitatione superius dicta sunt maximè text. *in. cap. qualiter. de pactis. &. c. de illis. el. primo. de sponsal. impu. &. c. si tibi absenti. de preben. lib. 6. qui ab Abbate improbè intelligitur vt inferius ostendã.* ¶ Tertio facit tex. *in c. debitores. de iure iurando.* vbi obligatio, quæ in Deum tẽdit, alteri fit: & ipsi alteri quæritur oblig. s. ipsi vsurario. *vt. Abb. tenet ibi cõtra do. Ant.* aut si alteri: id est vsurario nõ quæritur secũdũ diuinum Ant. hoc càusatur à turpitudine, nõ ex eo ꝙ sit alter. Itaq; cum ibi cõtractus ex ꝓmissione, parti facta nõ possit valere, valet ex ꝓmissiõe quæ Deo ꝑ iuramẽtũ resultat, ꝑ quam ꝓmissionẽ alteri quæri põt *secundũ Ant. aut quæritur secũdũ Abb.* ¶ Nec quisquam credat facilè respondere quod ibi tex. in iuramẽto loquatur, secùs in promissione: quia si benè consideratur ibi obligatio, non oritur ex iuramenti priuilegio: sed quia quo ad iuramentum nulla est turpitudo, vnde promissio, quæ ex iuramento resultat, remanet in vigore suo & hoc est quod dicit text. reddere Deo iuramentum, partem esse compellendã. Sic ergo si mihi promittis Titio dare: debes compelli vt mihi reddas ꝓmissionem, idest vt adimpleas.

¶ Quarto

¶ Quarto facit, nam alteri ſtipulari non eſt á lege prohibitum: probatur, quia ſi interſit valet: & ideo non valet ſtipulatio: quia ius ciuile & eius ratio ceſſat. *vt notatur in. l. ſtipulatio iſta. §. alteri, de verbo. oblig. & infra oſtendam.* Ergo pactũ remanet in meris terminis iuris naturalis: quia ius ciuile nihil efficit, cum ſit pręter ipſum. Sed iure naturali pacta obligant: vt lege noſtra ergo oritur obligatio naturalis. ¶ Quinto cõſidero cauſam ex qua ſemper veritas cognoſcitur: & quæro an cauſa quare inutilis ſit ſtipulatio alteri facta habeat locum de iure naturali, & certum eſt quod non. Nam ſe tantum refert ad fundamentum iuris ciuilis, quia inuentæ ſunt ſtipulationes, vt vnusquiſque acquirat, quod ſua intereſt. *ita text. l. ſtipulatio §. alteri. & §. alteri. Inſtitut. de inutil. ſtipul.* defectus ergo iſtius cauſæ nõ reſoluit obligationem naturalem, quia obligationis naturalis cauſa illa non eſt. Sed eſt talis qualem declarat tex. noſter. ſ. fidei obſeruantia. 39

¶ Venio ad reſolutionem contrariorum. Et primo aſſumo ſolutionem generalem domini Alex. & Moderniorum *in. leg. ſtipulatio iſta. §. ſi quis alteri. vt latè ibi per Iaſon. 8. col. & per Filinum in prohemio decreta. in gloſſ. ſeruus. vbi referunt talem concordiam inter communem opinionem quam ego teneo. & opinionem Raph. hic & in dicta l. ſtipulatio. & §. alteri.* & Ange. & Pauli. ibi qui contrarium tenuerunt. ſ. aut verba promiſſiua diriguntur in abſentem tertium: & tunc

& tunc habent locum ſuperiora, maximè tex. *in l.1.§.quod meus. & lex ſi ita ſtipulatus.§. Chryſogonus.&.§.ſi quis alium.* Ego autem promitto tibi, quod dabo tertio & tunc habet locum communis opinio.ſ.quod naturalis naſcatur. Miror tamen de tali concordia, quia multùm
40 diſcordat à veritate. † Et primo tenendum eſt, quod de iure canonico, quis obligatur *vt ſuperius dixi:* & ſi omnes quos ego viderim, teneant contra, quos videre poteris per Iaſ.*in.d. l.ſtipulatio.§. alteri in 12.col.& per.Filinum vbi ſupra.* ¶ Non obſtat primo id quod dicunt quod ſequeretur, quod non poſſet quis mutare volũtatem *contra.c.ſi.de procura. & cle.5.de renum.&.c. ſi tibi abſenti.* Nam ego fateor conſequentiam,
41 nec eſt contra illa iura: Et primo † quo ad.c.ſi. vbi procurator ad matrimonium contrahendum datus, poteſt reuocari, etſi ipſe cõtraxerit, poſt reuocationem etiam ignorans eam, matrimonium erit nullum: cum non habeat conſenſum. Notandum quod ibi reuocatio non ſe dirigit ad matrimonium: quia ego dedi procurationem ad contrahendum: & ideo fuit voluntas ad faciendum & non in facto. Ideo ante factum reuocare poſſum: & ſi contraxerit, verum eſt matrimonium non eſſe, quia defecit conſenſus. Sed dirigitur reuocatio ad ipſam procurationem, quæ quidem eſt permiſſa ex natura actus.ſ. in contractu man-
42 dati: nam † cum mandatum pendeat à voluntate mandantis: & ſi ego inſtitiam procuratorem,

Digitized by Google

torem, possum quandocunq; reuocare, quia p institutionem nõ ei promitto nõ reuocare: *ita est tex. in §. recte. inst. eo. & in l. sed & socius. §. si. pro socio. ita Bar. declarat, in l. si pecuniam. de condi. ob causam. infra colum. 4. Et ita dicit tenuisse quosdam subtiles doctores. l. sicut. C. de act. & ob. vbi idem ipse tenet.* Hoc est ergo ex actus natura, prout est in testamento: & hæc est ratio, quare variatio est in isto casu permissa: secùs in nostro casu: nam ego tibi promitto Titio dare centum, & in ista promissione variare non possum, quia promitto, & quia non est actus qui pendeat à voluntate, *vt latè ibi Bar. declarat.* Huic tamen sol. obstat text. *in cle. prima. su. al.* vbi in institutione procuratoris loquitur & dicit reuocationem non valere, quia illusio & variatio est prohibita: dic pro nunc, quod ibi propter præiudicium id disponitur, & ideo credo quod debeat intelligi quod illusio & variatio est prohibita iunctim, secùs per se variatio, nam in cõtractu mandati est permissa, etsi aliàs in alijs id sit regulare, quod facit pro nostra opinione, & ita glossam debes limitare & intelligere. ¶ Non obstat text. immo reflecto eum versus eos *in. c. si tibi absenti. de prebendis libro sexto. quem Abb. & cæteri allegant:* nam ibi videmus ꝙ prælatus conferens beneficium absenti, non potest illud alteri conferre, donec absens collationi repudiet. Ecce ergo quod ex promissione absenti facta, promittens obligatur, nec reuocare potest, cum semel consenserit, *& sic cum* 43

doct.

doct. tex. illum in propo[illegible] adducant, certè contra ipsos facit. Sed credo quod ex mente Abb. fuit allegare text. illum, prout eum intelligit, *in. c. accedens. de prebe.* vbi dicit quod tex. *in. c. si tibi absenti.* loquitur in collatiōe necessaria vel in eo quod quis debet agere ex necessitate officij: vnde postquam semel fecit collationem, etiam absenti, iam est functus officio suo nec vltra habet quid faciat, quia expirauit potestas. *vt in. c. in literis de officio delegati.* Secùs ergo in donatione propria & pura: vel in promissione voluntaria, quia in ea variatio est permissa. *ita etiam Bar. & Paulus de Castro intelligunt illuc. c. in l. absenti. infra de donatio.* Tamen etsi ita intelligatur nihil contra nos: quanto magis quod iste intellect⁹ pungi potest; quia posito † quod collatio be-
44 neficiorum, non sit mera donatio quia de necessitate collator tenetur conferre, *vt. l. rem legatam de adim. lega. infra.* tamen dicitur donatio in hoc, quod potest conferre isti vel illi, itaq; in ista electione dicitur donatio & liberalitas, nam etsi insit necessitas conferendi, nō tamen tibi cōferendi: vnde in quantum te eligit, donat, & liberalitate vtitur. *ita notatur plenè in. cap. relatum de preben.* Vbi idem Abb. si ergo in ipsa electione dicitur habere naturam donationis s. quod variare possit etiam postquam absenti contulit: quia in hoc vtitur liberalitate, vt isti vel illi possit conferre: nam in æquiparatis in eo in quo æquiparatur necessarium est argumentum. ¶ Itaque in hoc nulla potest esse diuersi-

uersitas inter collationem & donationem. ¶ Item cum ipsi dicunt, quod est functus officio, ideo non potest alteri conferre. Ego dubito quia si repudiet potest alteri conferre. Præterea cum collatio non sit adhuc absenti quæsita, potest ei assignare terminum, infra quem debeat acceptare & si non acceptauerit alteri conferre *vt tex. ibidem dicit* quod non esset verum, si functus esset officio suo. Hoc tamen pro nunc non affirmo. ¶ Præterea si intẽsiùs rem ipsam aggrediamur, dubitatio nostra est: an dicatur efficax collatio vel promissio absenti facta, itaq; dubitatio est, quando stat obligatio in fieri: nõ post factam: an liceat reuocare, quia siue sit promittens siue conferens siue donator, post factã donationem, vel collationem, iterum retrocedere non potest, & sic in isto casu nulla diuersitas, an sit fũctus officio vel non sit functus: in fieri etiam, nulla potest esse ratio, quia adhuc nõ est functus officio, cum actus sit in fieri. Eò magis quod ne dicamus expirasse officium deberemus magis fauere ordinariæ iurisdictioni. ¶ Id tamen no- 45
to, quod & si collator aut donans non possint reuocare donationem, nõ propterea est donatio quæsita alteri, antequam acceptet. *ita dicit. c. si tibi absenti, & in isto casu loquitur tex. in. l. absenti. de don.* q̃ absẽti nõ quæritur dominiũ, *q̃ fatetur tex. in c. si tibi absen.* itaq; nulla diuersitas inter donationẽ & collationẽ in hoc: Legi autẽ, qui absẽti, *de acqui. pos. infra. respõde,* notãdo verba litera-

literarum quæ fuerunt (vt in libertate moraretur) itaq; summa ratione, antequam moretur & sciat, nõ creditur voluisse amittere possessionem. ¶ Ego scio quod ex his multa destruuntur, de quibus forsan plura dicemus *in §. sed cum nulla. infra. l. iuris gentium.* Saltem quo ad propositum, etiamsi fuerit verum quod in promissione absenti facta liceat variare: tamẽ cum alteri paciscor tibi promitto alteri dare: & sit præsenti. *vt dicit gloss. nostra.* vnde arg cessat. ¶ Non obstat secundum arg. quod sola naturalis obligatio nouat priorem: Sed stipulatio alteri facta non nouat. *vt l. certi condio. §. quoniam.* ¶ Quia respondeo quod ibi non est nouatio non ex defectu naturalis obligationis: Probatur in alio exemplo de pupillo, qui sine tutoris auctoritate stipulatione promisit, qui naturaliter obligari deberet. Et aliàs probabatur nouatio, *vt in. §. preterea. Inst. quibus mod. to. ob. & in eadem. l. 1. de noua.* Et tamen dicitur quod non est uouatio: non ergo ex defectu natura-
46 lis obligationis: sed ideo † quia quando inter easdem personas idem promittitur, quod erat in priori obligatione: nunquam introducitur nouatio *vt in l. scire debemus. in prin. de verbo. oblig. & Bar. latè in l. penul. infra. de preto. sti. & ita do. Iason. in eo. §. quoniam in 3. colum.* itaquæ ibi non fuit nouatio ista ratione. & ex eo quod quando numeratio prçcedit aut subsequitur ipsam stipulationem cẽsetur vnus contractus & nõ duo, vt vnus tollatur per alterum. *vt l. si ita fuero stipulat us*

latus.& l.cum enim.de noua. & ita Bar.in d.l.certi cōditio. §. si nummos.in princip. hæc ergo ſunt cauſæ quare ibi non ſit nouatio, non autem defectus naturalis obligationis, *vt doctores credunt.* ¶Non 47
obſtat quod tertio adducebatur *de l. eum qui. §. si quis conſtituerit.* nam etſi actio de conſtituta, ſit introducta ratione naturali. *vt l. 1. eo. titu. in princ.*. Tamen ſemper obſeruat terminos iuris ciuilis, cum ius prætorium ſit pars iuris ciuilis, *vt l.ius ciuile la. ſecunda ſu.de iuſt.& iure.* Vnde etiam in his contractibus naturalibus ineſt ciuilis obligatio, ex qua naſcitur ciuilis actio. *vt in l. iuris gentium poſt princ.* ibi, & hinc naſci ciuilem obligatiōem, vbi de hoc latè dicemus, & quod termini iuris naturalis ſimpliciter non ſeruē-tur *probatur in ea. l.eum qui. §. ſi.* vbi per ſeruū domino obligatio conſtituti acquiritur, ꝙ non eſſet attento iure naturali. *vt l. ſi id quod de condit. indebiti.* ergo non valet argumentum. Si quis tamen replicaret, quod de iure gētium ſeruus nihil eſt & omnia domino acquirit. *vt l. quod attinet de regulis iuris.* ſed obligatio naturalis de iure gentium introducta eſt, *vt l.cum amplius: §. is natura: de regulis iuris.* ergo ſeruus de iure naturali domino acquirit: maiorem & minorem negare poſſes, maximè minorem. *vt latè diſputabam in materia iuris naturalis.* Sed pro nunc reſponde, *vt Bar.& Paul.in d.l.ſi id quod.* ¶ Non obſtat quartum argumentum. *de c. quamquam de vſuris. lib. 6.* nam fateor quod alteri non quæritur obligatio de lege canonum: nego tamen

quod ei cui promittitur non quæratur, nam ei benè quęritur non tamen alteri: vnde ipse alter agere non posset, quia non promittitur & ideo est quod in c. quanquam requiritur persona quæ acquirere alteri possit. Si tamen arguatur cōtra pollicitationem, quod si ex pollicitatione quis obligaretur superfluum esset quærere personam quæ acquirat absenti. vt quæritur in c. quanquam respōdeo, ꝙ etsi verum sit pollicitatione quem obligari: tamen obligatio non quæritur absenti, donec acceptet, *vt supra dixi in intellectu. c. si tibi absenti.* vnde
48 notandum est quod in c. quamquam cautio † quæ absenti, acquiritur, non est tantum promissoria: sed est cautio sufficiens pignorum, aut fideiussorū: vel forsan plenior satisfactio. *vt videbis in tex. in prin. in verbo donec prout paciuntur facultates plenariè sit satisfactum* Itaq; voluit tex. quod non per promissionem tantum satisfieret: sed quod ei quæreretur talis plenaria cautio: & ideo hoc non potuit fieri sola pollicitatione: Hîc est verus intellectus tex. illius. ¶ Nō obstat quintum arg. *de. §. si quis alij. Insti. de inutil. stip. & in l. 1. §. quod meus. & de lege si ita stipulatus. §. Chrysogonus.* quibus iuribus datur intellectus à domino Alexa. & à Modernioribus, quod ibi verba promissiua in tertium dirigebantur: ideo nulla est obligatio, nec ciuilis, nec naturalis, sed miror de tali intellectu. Et primò ꝙ non loquantur, nisi cum verba in stipulātem dirigantur, & executio in tertium: ego probo per

Digitized by Google

bo p glo. nostrã, quæ ita expressè interpretatur & Bar. eam approbat: probatur fortius p rõnẽ necessariũ: nam tex. *in. §. si quis alij.* eodẽ casu loquitur quo. §. alteri *eo. tit.* vt tex. in. §. alteri refert. Sed in. §. alteri dicitur stipulationẽ nõ valere ex defectu interesse: quia iuũctæ sunt stipulationes, vt vnusquisq; acquirat, q sua interest: Ergò nõ ex defectu formę. s. qa verba pmissiua in absentẽ dirigãtur. ¶ Præterea eo casu loquitur. §. si quis alij. quo si interesset stipulantis: valeret stipulatio, *vt supra probatũ est.* Sed si in aliũ dirigeretur pmissio ẽt ex interesse nõ valeret *vt notatur in l. stip. ista. §. si quis insulã.* & oẽs hoc fatẽtur, qa si verba dirigũtur in tertiũ, nõ pmitto tibi, ergo nec tibi teneor, etsi tua intersit: vnde ista stipulatio nõ valet, quia peccat in forma. *vt Pau. de cast. hic in nostra lege.* nõ ergo illa iura loquũtur in isto casu. ¶ Item põdera q si verba pmissiua in tertiũ dirigũtur, ego nescio quomodo ipse, qui est præsens, dicatĩ stipulator, nec alteri stipulari. Et in his iurib' videbis tm̃ executiua verba in tertiũ dirigi. ¶ Ex his & ex inferioribus cõcluditur falsum esse doctr. Bal. & Ang. & moder. *in l. 1. de li. & posthu.* vbi dicũt q si clausula annulatiua ponatur, videtur posita p forma, *q approbant latè Moder. Papi. in l. nõ dubiũ. C. de l. in. 4. col.* nã ex defectu causæ finalis, põt esse nullitatis clausula, quæ nõ arguet defectũ formæ. ¶ Præterea ẽt alia pulchra rõne pbo: quia tex. *in. §. si quis alij. & l. si ita stipulatus. §. Chrysogonus. & l. 1. §. q meus. de stipu. ser.* loquitur in

casu in quo talis stipulatio, per seruum domino quæritur, vt patet in verbis, si quis alij. quā ei cuius iuri subiectus est stipuletur, nihil agit.

49 ¶ Cum ergo quo ad ius naturale dominus sit alter. *vt l. si fideiussor obligari. §. fideiussor. de fideius. & l. si id quod de condi. indebi.* ergo quod alteri stipuletur nihil quo ad ius naturale impedit, quia domino acquirere & stipulari potest. ¶ Hoc probatur etiam in omni obligatione seruo facta: nam naturalis & ciuilis in dominum trāsfertur & domino acquiritur. *vt l. placet. de acquir. hære. & l. frater à fratre. de condi. inde. secundum communem opi.* Tamen dominus quo ad naturalia, alter est, ergo hoc non impetit naturalem. ¶ Præterea quod prædictus. §. Chrysogonus, non loquatur quando verba promissiua diriguntur, in tertium probat & tenet ibi Paulus. Item tenet ipsemet Iason. *in. l. stipulatio ista. §. si stipulator. in 3. col. in prin.* Nam in eodem. §. loquitur per verba impersonalia obligatiua, & debent interpretari, vt referanrur ad stipulatorem. *vt. l. si vnus. §. 1. infra. isto tit.* & rationem assignat ibi tex. quia paciscens consuluisse sibi videtur, *& probatur in eadem. l. stipulatio ista. §. si quis insulam.* vbi verba fuerunt impersonalia, tamē valet stipulatio, si sua intersit, quæ nō valeret, si verba ꝓmissiua in tertiū dirigerentur. *vt ibi notatur & communiter tenetur.* Ergo falsus erit doctorum intellectus. Probatur etiam ꝑ text. *in. dicta. l. stipulatio ista. §. sicut. & in. d. §. Chrysogonus.* vbi persona adulterius tertij, nunquam intel-

ligitur

Digitized by Google

ligitur nisi exprimatur, & impersonalia verba ad stipulatorem referuntur. Item in eodem. §. insulam. doctores fatentur, quod ibi naturalis obligatio erat orta. *vt notat glo. in. §. alteri. eiusdem legis:* Sed eadem promissio per eadem verba ponitur *in. §. Chrysogonus.* ergo non negat naturalem obligationem. ¶ Ex his respondetur ad verba ibi posita. s. obligatîonem nullam acquirere nobis possumus, intelligo ciuilem, & sic vniuersalis [h] negatiua omnes suas partes comprehendit quo ad ius ciuile: non tamen quo ad naturalia, quia de his non loquuntur illa iura, *vt superius ostendebam.* vnde etiam Raphael Paulus Alex. & Iaso. non benè considerant illa iura, cum credant ea naturalem negare obligationem, nam verba, [i] *nihil agit*, nullius momẽti est, nulla est obligatio, diriguntur ad ciuilia, non ad naturalia, *vt superius plenè probatum est*, & finaliter vrget, quod naturalis non impediatur. nam ego probo ꝙ eo iure, semper interest † stipulantis, qui eum cui acquirit naturaliter obligat ad antidora. *vt. l. sed & si. §. consuluit. de peti. ha.* & si dicatur quod ista obligatio non est efficax ad interesse considerãdum: fateor ꝙ nõ efficax ad interesse cõsiderandũ de iure ciuili, tamen de iure naturali secùs: nam sicut reconualescit, vt valet stipulatio alteri facta de iure ciuili, si interest ex aliqua obligatione ciuili, *vt. l. stipulatio ista dicto. §. si stipuler*, ita quo ad ius naturale deberet attendi, interesse obligationis naturalis. Facit tamem me dubi-

h Negatiua vniuersalis omnes pártes cõprehendit.

i *Nihil Agit*, Nullius momẽti est. Nulla est obligatio.

50 Verba quo modo interpretanda.

Digitized by Google

um, q Tullius. *1. li. de officijs in. cap. de officio & circũstãtia inqt* (nec pmissa seruãda sũt his quib⁹ pmiseris, si inutilia sibi sint: nec si plus tibi noceant, q illi psint, cui promiseris) Ecce q ipse morali philosophia q d deceat, secũdũ rõnem docet: ergo si nõ intersit eius cui stipulat⁹ sum, videtur nõ obligari queq̃, vnde dicendũ esset, q illa regula legis stipulatio istã. §. alteri, etiam æqtate naturali pcedit, q si verũ est: non oriri obligationẽ naturalẽ, verũ erit: nescio tñ, si illa doctrina stricto iure ipsi⁹ fidei, pcedat: *vt patet*
51 *in. c. debitores. su. sæpe. al.* Restat in his † examinare id q Bart. dicit hic in fine: an sup veniẽte inter esse recõualescat stipulatio alteri facta, in hoc variæ sunt opiniões & cõmunis est, q recõualescat: do. Ia. hic dicit vtrãq; partẽ disputabilẽ, & omnia p vtraq; parte resoluit: eandẽ disputationẽ inuenies p Iaso. *in l. stipulatio ista. §. alteri.* Sed quia nõ benẽ põt responderi argumentis, quæ cõtra cõmunẽ fieri possunt, ideo ego eam non disputaui, nec inter nostras cõclusiones posui. Primo contra cõmunẽ adducitur tex. *in dicto. §. si quis alij. in verbo. nihil agit. & in. d. §. Chrysogonus. in verbo. nullã obligationẽ & in l. 1. §. q meus. de stipu. seruorum in verbo. nullius momenti*, dupliciter respondet Ias. Primo q ibi verba pmissiua in absentẽ dirigũtur, tñ istã solutionẽ falsam esse superius latẽ ostẽdo. Secũdo respõdet q nulla est stipulatio. scilicet tẽpore cõtractus: postea tñ reconualescit, ita ipse: Sed ego vellẽ q ipse pbaret recõualascentiã, quia argumẽta p cõmuni

Digitized by Google

múni opinióe nõ ꝓbãt, vt ipse fatetur, ergo remanebit nulla: maximè ꝙ nõ possit recõualescere ego ꝓbabo argumẽto infra ꝓximo & si onus ꝓbãdi cõtrariũ cõtrarijs incũberet. Secũdo adducitur tex. *l. si tibi. §. si pactus. infra isto tit.* vbi si paciscor, ne a me & ne à Titio petatur, etiam si mihi hæres fiat (inquit tex.) nõ proderit Titio: quia ex post facto id cõfirmari nõ põt. Nota ergo casũ & ẽt rationẽ, ꝙ ex supueniente interesse cõfirmari nõ põt: qui casus & ratio hꝫ locũ in isto casu. *& ita Bar. & glo. ibidẽ notãt* ꝙ ea est rõ, ꝙ recõualescere nõ põt: qa ab initio nullũ *vt in reg. ꝙ ab initio de reg. iu. lib. 6.* dicit tñ Ia. diuersũ esse casũ & diuersã rõnẽ, qa nos loqmur in interesse stipulãtis, qñ s. stipulator succedit ei cui stipulatur, ille tex. loqtur in cõtrario casu, qñ ille cui stipulator stipulatori succedit & rõ diuersitatis est, qa stipulatori sẽp q̃ritur naturalis obligatio, vñ supueniẽte interesse, talis obligatio facile cõualescit. Sed ipsi cui stipulatur nulla nascitur obligatio vñ non est postea qd possit cõualescere & ita loquit̃ tex. ille, ista est cõsideratio Ias. quã credit subtilẽ & viuam, sed aduertendum ꝙ stipulatio recõualescit, qñ stipulator ei cui stipulatur succedit, rõ est, quia sibi supuenit interesse. s. vt acquiratur ei, cui stipulatur, quia p cõsequẽtiam sibi acquirit̃ secũdũ cõmunẽ: tñ ista eadẽ ratio hꝫ locũ in isto casu: nã si tertio stipulor, oritur naturalis obligatio, q̃ mihi acquiritur postea cũ eũ hæredẽ instituo, supuenit interesse
 meum,

meum, quia intereſt mea, vt hæredi acquiratur; & in acquiſitione vel intereſſe eadem eſt perſona eius & mea, quo ad iuris ciuilis conſiderationem, vt colliges ex mente Bart. *l. auus infra. in iſto tit. & in. l. continuus. §. fi. infra. de verb. ob.* vnde ei tāquam mihi ſtipulari poſſum, *vt dicta. l. auus. & dicta. l. continuus. §. fi.* vt ergo ei acquiratur, mea intereſt, & in hoc forſan fallitur Iaſo. quia quod hæredis poſtmodum fiat, non conſideratur, vt ei acquiratur ex ſua naturali obligatione, ſ; vt mihi oriatur obligatio, quia intereſt mea, vt ei acquiratur, ſed tale intereſſe in veritate nihil efficit, quia nulla ab initio obligatio ciuilis fuerat vnde conualeſcere non poteſt. Ergo ſequitur quod ex intereſſe ſuperueniente non conualeſcit, & ſic illle tex. videtur vrgere maximè in ratione ſua, non obſtā-
52 tibus ſolutionibus doctorum. ¶ Tertio adducitur ratio talis: certum eſt, quod ſi ceſſat intereſſe ſtipulantis, euaneſcit ſtipulatio, *vt in le. pro parte de ſeruitutibus ti. generali infra:* fortius debet annulari quando ab initio ceſſat intereſſe, *argu. le. patre furioſo ſu. de his qui ſunt ſui. vl. al. iu. & c. quemadmodum de iureiur.* ſed dominus Iaſo. retorquet arg. quia ſi validum: ſtipulatio debet annulari defectu ipſius intereſſe. Ita à contrario, ſi intereſſe ſuperueniat debet conualeſcere eò magis ꝙ k valetudini actus magis, quam nullitati iura fauent, *vt. l. quoties de verborum oblig. infra.* ¶ Ego dicendum credo, etſi argumentum contra communem perſe non concludat:

k Valetudini actus iura magis fauent quā nullitati.

dat: minus tamen cõcludere retorcutionem. Nam cõsiderãdum est, quod interesse in ipsa stipulatione est, causa sine qua non potest stipulatio stare, *vt in sæpè al. §. alteri* vnde cessante interesse, corrumpitur stipulatio *secundum legem à doctoribus. al. in dicta. l. pro parte.* Sed ista causa non est formalis, s; tendit ad causam materialem, vt omnes doctores hoc fatentur, & ipse Ias. in sol. quinti arg. defectu ergo materiæ nihil fieri potest tempore stipulationis & hoc est quod dicit. §. si quis alij: quod nihil agit stipulator: postea vero sola materia de per se nihil efficere potest, quia omne ens non ex sola materia s; ex materia & forma constat & hoc est quod dicit tex. *l. si tibi. §. si pactus.* quod ex pòst facio id confirmari non potest ex solo interesse, quia ab initio nullum est: mala est ergo consequentia annulat stipulationem validam defectus ipsius interesse: ergo eius superuenientia nullam stipulationem valere facit. Nam est causa materialis, & est necesse quod aliæ concurrant: vel si velles tenere, quod est causa finalis, *vt ipsi moderni latè. in. l. 5. §. stipulatio in principio de verb. obliga.* dic quod concurrant aliæ causæ. s. formalis & efficiens & materialis: quia si simul non concurrunt in eodem tempore nihil agi potest, vt ibidem ipsi dicunt. ¶ Quarto argumento, videtur quod dominus Iason. 53
benè respondeat, nam dicebat Christophoro de caste, quod qui alteri stipulatur, alteri intẽdit acquirere, ergo etiamsi, superueniat inter-

1 Actus Agentium vltra intẽtionem operari non debent.

esse 1 actus agẽtium vltra intentionem nõ debet operari, *vt. l. non omnis si cer. pe. infra.* resp. Ias. ꝙ immo sibi intendit acquirere, p; quia si acquiritur obligatio naturalis. *vt notatur in eodem. §. alteri & ibi doctores*: s; ratio Christop. h; locum cum verba ꝓmissiua & executiua in tertium diriguntur in quo casu non est nostra dubitatio. certò ista respõ. moder. videtur cõgrua: tñ dubito aut. nõ verba obligatiua in se dirigit & tunc nõ dicitur alteri stipulari s3 sibi, *ꝙ clarum est & ipsi moder. fatentur in eodem. §. alteri. in. 3. colu. post medium*: aut stipulantur simpliciter alteri dari, vt puta Titio centũ dare spõdens, & tunc si mea interest, mihi videor stipulari *ita est text. in. l. si vnus in. §. l. in fine infra. eo. & tex. in. l. si seruus cõmunis meus. §. si seruus Titij & le. an. penul. infra. de stipula. seruorum & tenent late moder. in dicta. le. stipulatio ista. §. si stipuler in. 4. col. in prin.* vbi loquntur de stipulatione impersonaliter facta; si verò nõ interest mea, nescio quomodo, si alteri stipulor mihi intendam quærere. nam si mihi intẽderẽ quærere, mihi stipulor, & nõ alteri, *vt ipse Ias. fatetur in. § alteri in 3. col.* & p; in pœnali stipulatione, quia si adducitur rõ valet quia mihi pœna stipulor, *vt. §. alteri.* nec obstaret arg. ꝙ nascitur naturalis obligatio & quæritur stipulatori, nam ista naturalis nascitur ex pacto ꝙ inest in stipulatiõe quod sit inter me & ipsum promissorem, *vt. §. adeo. infra. ista. l.* hæc tñ nõ assertiuè dixi, sed vt quisq; cogitet. ¶ Quinto adducunt doctores tex. *l. qui decem. §. 3. cum. de solutio. in-*

tio.infra.vbi si rem meam stipulatus sum, etiam si desinat esse mea, non propterea stipulatio reconualescit. Respondent moder. ꝙ ideo est hoc, quia si cõualesceret stipulatio, eo ipso ꝙ desinunt esse mea, tunc à voluntate mea penderet obligatio, quia qñ voluero potero eam alienare, ꝙ non est dicendum *per tex. in l. in vendendis. C. de contrahe. emp.* † Ista ratio non est vera, quia & si stipulatio vel obligatio ab obligantis voluntate pendere non possit, hoc intelligo ab expressa & immediata, vt puta, si voluero eris mihi obligatus, secùs si tacitè pẽdeat à voluntate, & proprius loquendo mediatè: vt puta, si ascendero capitolium. x. dare spondes, nam valida est talis stipulatio, *vt le. nõnunquam de condi. & demo. infra. & not. at gloss. latissimè in dicta. le. in vendentis:* sic ergo in prosito tacitè à volũtate mea pendere nihil impetit, ergò alia est causa & nõ ista. Hæc volui dixisse, in ista quæstione, quã nolui inserere in nostra disputatiõe, qa plura & iñumera argumẽta fieri possunt, credo tñ ꝙ moderni nõ benè resoluẽt superiores rões. *vide cætera hic & in. §. alteri. p eosdẽ.* 54

¶ Glossa in verbo *Placitum & Consensus.* intrat cum tacita op. contra: nam copulatiua *&* ponitur sua natura inter diuersa & æquè principalia, vt notatur in Rubrica de iuris facti ig. & in cap. querelam. de simonia. gloss. dicit quod hic causatur figura endialis prout ibi: arma virumque cano: id est, armatum virum cano. & sic exponitur, si dicat

placi-

placitus consensus scilicet spontaneus *& ita etiam ipse Bart. firmat hic & in le. 1. 2. colu. de iustit. & iure & ibi moderni in. 2. colu.* vnde notat ibi Bar. & moderni. quod quando copula & cadit inter idem significantia exponitur, vt vnum veniat adiectiuum alteri, *& ita ipse notat in extrauag. ad*
55 *reprimen. verbo. videbitur quasi ad finem.* ¶ Assumo ex his primo, quod Pactum dicitur placitus consensus vel spontaneus *vt glo. dicit. quam Bar. approbat & moderni:* hoc etiam necessario videtur probari, quia si consensui ponitur adiectiue illa dictio *Placitum.* sequitur esse accedens ad consensum, & sic significat merè voluntarium & spontaneum : hunc etiam sensum amplectitur Abb. in. c. 2. rescriptis, cum dixerit quod placitum erat diuersum à consensu, & ꝙ exponebatur tanquā accidēs ad consensū. Sic ergo si accidens est, non inest necessariò vnde alius est consensus, alius consensus placitus qui differunt qualitate , hinc sequitur pactum esse consensum spontaneum. s; ego dubito , an hoc verum, sit primo per textu. *in. §. adeo. infra. ista. l.* vbi dicitur quod omnis stipulatio continet conuentione, ideo quia continet consensum : sed stipulatio est etiam sine spontaneo consensu, *vt. l. & eleganter in prin. infra. de dolo.* ergo & cōuentio: si conuentio : ergo & pactum, nam pactum non differt à conuentione animorum , *vt notatur in. §. infra. prox. & ibi dicam.* ¶ Secundo facit tex. *in c. 1. & in. c. merito. 15. q. 1.* vbi dicitur consensus nolentium & volentium, & tamen

Placitum.

tamen consensus est, & dicitur nolens appetere & desiderare, *vt in iuribus per gloss. ibi al.* hoc tamen intelligo respectiuè, non simpliciter, puta cum Italiam venirem ventis iactatus, discrimine mortis: portus Penorum etiam ad seruitutem optabam, ita etiam dicitur coactũ consensum esse consensum. *vt in cap. sacris. quod metus causa. l. si mulier. §. si metu coactus eo. titu.* itaq; est consensus non purus & simplex sed respectiuus: *facit quod notat Bar. in. l. Lucius de fideicõ. lib. 1.* vbi per text. notat quod verbum: placet: non interpretatur de placito libero omnimodo, sed regulato, atque rationi subiecto, erit ergo pactum, & si non sit merè spontaneum. ¶ Secundo colligo ex dictis Barto. quod placitum idem est quod consensus, nam si idem significant & in vno inest aliud, & re & nomine idem esse necessario sequitur, *vt in. l. si idem. C. de testa.* & sic vides quod hoc est contra id quod ipse sentit, quod est accidens, vel quod exponatur adiectiuè. Item est contra sensum Abb. in dicto cap. 2. vbi Abb. dicit esse diuersum, & quia stare potest tanquam accidens ad aliud, ideo dicebat exponi adiectiuè. Item gloss. nostra videtur contra primam expositionẽ sentire, quod sint idem in quantum dicit, quod non spontaenus consensus potest dici pactum *vt le. si mulier. dicto. §. si metu coactus: & gloss. hoc non resoluit.* Ego etiam credo quod sit idem nec obstat quod consensus dicatur etiam metu coactus, nam sicut ille non est consensus purus, &

rus,& simplex, ita placitum non erit purum & simplex: & sicut respectu alterius maioris mali dicitur consentire, ita etiam potest dici id placere sibi: vnde secũdum hoc, sensus Abbatis non bonus, nec etiam credo quod secũdum hoc debeat exponi adiectiuè, quia non est accidens, immo est necessarium, nam si accidens esset significaret, spontaneum consensum, vt glo. exponit, quod videtur falsum per superiora. Ideo credo ꝙ quando m copula (&) ponitur inter idem significantia, tunc perdit naturam suã, quæ est vt stet inter diuersa. Ideo potest exponi. idest pro & quasi dicatur placitum idest cõsensus, facit ad hoc text. *in. c. monasteria sanctimonialium de vita & hones. cle.* vbi fit q̃si similis expositio (&) eadem est rõ & maior hic quæ ibi, & hoc fuit de mente Abb. ibidem cum allegat textu. nostrum sed in his cogita.

m Et copula cùm ponitur inter idem significantia perdit naturam suam, quæ est vt stet inter diuersa.

¶ Vlteriùs dicit glo. quod cum exponitur placitum & consensus. idest, placitus consensus: causatur figura eńdialis: vt in illo Virgiliano, arma virumque cano: id est armatum virum cano. profecto in his minima fides est adhibenda. Accursio, aliter. n. declarat, & optime Seruius grãma. exponent illa verba vide ipsũ.

57 † Quærendum est cum in nostro tex. dicatur, ꝙ pactum est duorum consensus, an pactum tacitum definiatur, & moder. hîc dicũt ꝙ non prout poteris videre in tertio notabili allegant notata *in le. 2. & ibi Bart. C. eo. idem Bar. in le. si creditores eo. tit.* quia in pacto tacito à le. induco non

nõ requiritur præsentia partium, *vt ibi do. Alex. idem tenet in eadem. l. 2.* & ideo dicit, quod præsentia nec epistola, nec nuncio opus est: quia non requiritur consensus, ergo nõ definitur. *& dicit facere l. si cum dotem. in princ. infra. sol. ma. in prin. secundum verum intellectum & lex solutum. §. solutam infra. de pig. ac. & le. item quæritur. §. qui impleto infra. locati & le. si pracedete infra. mandati.* † Considerandum tamen est quod pactum potest 58
dici tacitum dupliciter: aut inductum à præsumptione legis, *vt l. labeo. & le. item quia infra. eo.* & tunc cum pactum præsumitur necessario præsumitur cõsensus: quia sine cõsensu, stare non potest, & hoc est quod dicit lex. labeo infra eodem, ꝙ etiam tacitu cõsensu conuenire intelliguntur: aut tacitum pactũ est fictum & tunc prout pactũ fingitur necessariò fingitur cõsensus, quia cũ aliquid in iure fingitur, fingitur omnia necessaria, & naturalia ad ipsum actũ *vt le. 1. in prin. de rei vxo. actio.* nam ibi vt detur ex stipulatu actio, fingitur, stipulatio est præcessisse in tantũ, ꝙ notat Aretinus *in le. quamuis. §. si cum essem infra. ad vel.* ꝙ actiões vel obligationes tacitè à iure introductę dicuntur natiuæ, quia finguntur natæ à contractu, est tex. ibi vnde dicendum est, quod si fingitur pactum, necessariò fingitur consensus *vt le. cum filius familias si cer. pe. infra. ergo.* in pacto tacito semper inest cõsensus tacitus & si prout tacitum pactũ & fictum est, ita dicitur definire, nõ autem prout verũ, nam verũ in ficto nõ est: ergo do.

Ias.

Digitized by Google

Iaſ.cum dicit quod in tacito pacto non requiritur præſent,ia intelligit pro ſola præſentia & illa nec in expreſſo requiritur, *vt le. labeo.* aut vult quod conſenſus non requiritur, & prout eſt pactum ita eſt conſenſus. *vt ſu. probatum eſt.* ¶ Non obſtat primo leg.2. C. eo. nam ibi duo intellectus dantur à Bart. primus,quod conuenerunt inter ſe ſaltim præſumptione, & iſte videtur melior: ſecundus quod nulla fuit conuentio & tamen datur exceptio taciti pacti.
59 Eſt igitur † intelligendum quod ſiue ſit præſumptum, ſiue fictum ,eſt ibi conſenſus fictus aut præſumptus, quod ego probo etiam per eoſdem moderni.in le.labeo infra eo.vbi cum tex.dicit (conuenire poſſe vel re) interpretātur ipſi.ſ.tacito pacto.*vt l. 2. & 1. creditores. C. de pactis:* ſed hoc tacitū pactum de quo lex labeo. habet tacitum conſenſum vt ibi (ſed etiam tacito conſenſu conuenire intelligunt) ita ergo in le.2.& le.creditores ſecundum ipſos. ¶ Non obſtat lex ſolutum. §. ſolutam. de pig. ac. nam ibi fuit tacitus conſenſus. vt probatur in verbo vnde ,quod eſt illatiuum, nam cum in ſuperioribus text. dixiſſet rectè ſolui pecuniam. ſiue creditori ſoluatur ſiue alteri voluntate eius,infert ad alium caſum per verbum vnde: & ſic in illo caſu illato etiam ineſt voluntas. Item probatur in verbo (non enim credibile eſt hoc conueniſſe) de quo ſingulariter dicam in le.item quia. ¶ Non obſtat lex item quæritur.§. impleto infra locati. Immo contrarium probat,

probat, vbi qui vltra tempus conuentionis in domo permansit, videtur de nouo locare & ista locatio & conductio introducitur ex taciturnitate partium & sic tacito consensu. *vt le. qui patitur infra mandati* & verba text. sonant ibi (taciturnitate vtriusq; partis colonum reconduxisse videri) item probatur expresse: ibi huius enim consensus nouus erat necessarius: & expressiuus, ibi, hoc enim ipso quod tacuerũt consensisse videntur: itaq; nescio quomodo text. illum allegauerint. non obstat text. le. si praecedente, infra mandati. vbi si debitor dederit creditori mandatarium, qui sibi satisfaciat postea mortuo debitore, & absente creditore inter alios creditores diuisum est, aes haereditarium apud ipsum praetorem dicitur, ꝙ nihil ei praeiudicat, quia fuit absens, & non cõsensit. Sequitur & facit: quid tamen, si ipse creditor conueniat haeredem ad partem ex diuisione praetoris: dicit tex. in fine quod videbitur consentire decreto conueniendo eum. Ecce ꝙ in isto tacito pacto inest ẽt tacitus cõsensus: Imo ex tacito consensu est tacitũ pactũ: repugnat enim in se, ꝙ praesumat̃ pactũ, & nõ praesumatur cõsensus, cum idem sit: ergo in pacto praesumpto inest cõsensus praesumpt᷒. Nõ obstat lex. si cum dotem in prin. Secundũ illũ intellectũ, nam ibi tacitè renũciauit eo ꝙ in vnũ casum dotem sibi reddi ipse pater pepigit & ita ibi tenet Bar. in fi. 1. col. ꝙ quoad alios casus tacitè renunciauit, quae renunciatio nõ põt fieri

E sine

ſine tacito conſenſu, eò maximè quod etſi ibi eſſet pactũ fictum fingitur cõſenſus vt ſupra: tamen vt ibi tenet Bart. & Bal. & gloſſ. in præſentia fuit factum pactum & ſi tacitũ. eò enim quod expreſsè pepigit, in vnum caſum cenſetur alios renũciare. Finaliter non obſtat quod dicebat Riminaldus Modernus ſubtilis *in d. l. 2. in vlti. notabili* contra Salycetum & Raphaëlem, quod datur obligatio ſine conſenſu ficto *probabat per legem. 3. §. ſi furioſi & ibi notat Bal. de nego. geſt. infra & in §. 1. Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contractu. & per legem item quia. infra. iſto tit.* Reſpondeo quod lex. item quia, potius ꝓbat contra. *vt ſupra dictum eſt. & ibi dicam*: aliæ leges probãt quod obligatio datur ſine cõſenſu ficto patet, quia datur contra furioſum, & furioſus non poteſt cõſentire. ergo lex non dedet impoſſibile fingere. Parcat etiam dominus Riminaldus: nam probat ipſe benè quod obligatio naſcatur ſine conſenſu: non tamen quod obligatio ex pacto tacito naſcatur ſine conſenſu: & in iſto caſu nos loquimur, & quod iſta ſit veritas probo auctoritate Bart. & argumento vero. Nam Bar. *in l. 1. de condit. inde in 3. col. ante med.* docet, ꝙ aliquando obligatio contrahitur etiam ſine conſenſu: vt in negotiorum geſtore. Ita ipſe intelligit prædictam legem tertiam: & dicit non naſci ex contractu, quia naſcitur etiam contra furioſum: & ita ipſe eadem iura intelligit *in. l. Iulianus verum debitorem in 8. col. in medio eo. tit.* obligatio ergò negotiorum geſtorum

non

Digitized by Google

non nascitur, ex cõtractu & ratiõe patet, quia nascitur ex quasi cõtractu, & quasi contractus ideo est, quia non est contractus *vt Institu.eo.in prin.* Verior ergo credo ꝙ sit doctrina Are. *in d.l.quamuis.§.si cum essem.infra. ad Velleia.* ꝙ quãdo à lege introducitur actio, ex cõtractu fingitur contractus ille: *vt supra dixi*, sed de negociorum gestore non est cõgruum arg. Quia illa actio non est ex contractu. Sed de hoc nihil affirmo pro nunc, quo ad propositum tamẽ nihil obstat, vnde nostra opinio remanet vera. ¶ Restat dubitatio vltra doctorum scripta. Hic dicitur, quod pactum est duorum consensus: & hinc dictum fuit ꝑ glossam & doctores, vt supra latè, ꝙ alteri paciscendo fit pactum. item ꝙ tali pacto nec lex resistit nec assistit. Contra omnia ista obstat text. *in. c. pactum. de verb. sig.* vbi dicit, pactum *n* dicitur inter partes conueniens scriptura legibus ac moribus comprobata: ecce quod illa definitio non cõgruit isti, & secundum illam alteri pacisci (si est pactũ) falsum est, quod lex non assistat: aut si non assistit non est pactum. Respondeo quod ibi nõ ponitur vera definitio: sed quędam declaratio *o* non restricta ad definitionem: aliàs si definitio esset, sequeretur quod pactum siue scriptura fieri nõ posset: quod est contra legem Labeo. infra. eo. & alia incõuenientia sequerentur. *de quibus infra. in l. legitima.* cum ergo dicit, ꝙ est legibus comprobata referas aut ad edictũ Prætoris, quod cõprobat pacta, aut etiam ad

n Pacti alia Definitio.

o Aut quædam descriptio Pacti vel contractus eo tempore vsitati.

Digitized by Google

contractus qui iure ciuili sunt efficaces. nam tex. ille non comprehendit omne pactum: vt patet in eo quod de scriptura dicit. Sed ideo vtrumq; dicit, quia per maiorem partẽ pacta scriptis fiunt, & pro maiori parte legibus comprobantur: hoc pro nunc, quod superest ad illud c. pulchrè dicetur. in l. iuris gentium. §. sed cum nulla. ¶ Item fortiter contra tex. nostrum. op. hic dicitur quod prætor naturali æquitate pacta obseruat. Item ego habeo quod ista obseruantia in pactis nudis stat in danda exceptione: *vt in. l. iuris gentium. in prin. & in. §. sed cum nulla. infra. eo. & declarat Bar. in. §. prætor. eiusdem. l.* Sed ego probo quod contraria conuentione tollitur æquitas: *vt. l. Stichũ. §. naturales. infra de solutio.* vbi dicitur quia vinculũ æquitatis quo solo substinebatur, cõuentionis æquitate dissoluitur. Ecce quod æquitas est sublata: & tamen etiam post contrariam conuentionem obseruatur pactum: patet quia datur exceptio *vt l. si vnus. §. pactus. infra. eo. & Instit. de repli. in princ.* Ergo pactũ sine æquitate obseruatur. hoc argumẽtũ nõ inuenio scriptũ, nec credo facilè *p* quisque responderet. Pro nunc respondeo: quod æquitas ipsa à natura prouenit: natura autem nõ fallitur: *vt l. cum quidam. §. quod dicitur. de acqui. here. infra. & l. apud antiquos. infra si pars hæpe.* vnde æquitate contraria ipsa natura se resoluit priorem æquitatem. *vt in reg. nihil, tam naturale. de reg. iuris. infra.* Sed obseruatio prætoris est factum hominis. vt in d. §. prætor. latius declarabo

p Ita tribus verbis potest tolli difficultas, quod pactũ facti est. *c 27 § pactus ne poterit hoc ut* quæ facta sunt: pacto tolli ipso iure non possunt. *l. verum est 31. ff de reg. iur.*

clarabo. Homo igitur fallitur in veritate, intentione tamen cum prætor in iudicio dat exceptionem credit æquitatem inesse. intentio ergo edicti in hoc tex. declaratur. Ex his erit necesse intelligere quare prętor ipso iure non tollat ius primi pacti, quod referendum est ad allegatum.§.pactus ne peteret.

SVMMARIVM.

1 *Conuentio an sit genus ad pactum tanquam generalior & num. seqenti.*

2 *Tituli de pactis. ff. institutum scopus & huius.§. continuatio.*

3 *Promissio an sit generalior pacto.*

4 *Pactum inesse cuilibet contractui siue distractui.*

5 *Transigere quid sit, atq; inibi an transactio sit cõtractus innominatus.*

6 *Conuentionis appellatio an extendatur ad actum, quid si ad distrahendum non ad contrahendum.*

7 *Obligationem naturalem oriri ex pacto quantumcunque liberatio.*

8 *Stipulatio producat nec ne naturalem obligationem & num. 10.*

9 *Intellectus ad. §. de constituta institu. de actionibus.*

11 *Intellectus ad l. indebitam. ff. de condict. indeb.*

CONVENTIONIS.

ISte tex. vsq; ad.§. sed cõuentionem, diuidit in duas partes: In prima declarat genus verbi cõuentionis spiritualis vel mentalis & eam

placitus consensus scilicet spontaneus *& ita etiam ipse Bart. firmat hic & in le.1.2.colu. de iustit. & iure & ibi moderni.in.2. colu.* vnde notat ibi Bar.& moderni. quod quando copula & cadit inter idem significantia exponitur, vt vnum veniat adiectiuum alteri, *& ita ipse notat in extrauag.ad*
55 *reprimen.verbo.videbitur quasi ad finem.* ¶ Assumo ex his primo, quod Pactum dicitur placitus consensus vel spontaneus *vt glo. dicit. quam Bar. approbat & moderni:* hoc etiam necessario videtur probari, quia si consensui ponitur adiectiuè illa dictio *Placitum.* sequitur esse accedens ad consensum,& sic significat merè voluntarium & spontaneum : hunc etiam sensum amplectitur Abb.in.c.2.rescriptis, cum dixerit quod placitum erat diuersum à consensu,& quod exponebatur tanquã accidẽs ad consensũ. Sic ergo si accidens est, non inest necessariò vnde alius est consensus, alius consensus placitus qui differunt qualitate, hinc sequitur pactum esse consensum spontaneum. s; ego dubito, an hoc verum, sit primo per textu. *in. §. adeo.infra. ista.l.* vbi dicitur quod omnis stipulatio continet conuentione, ideo quia continet consensum : sed stipulatio est etiam sine spontaneo consensu, *vt. l. & eleganter in prin. infra.de dolo.* ergo & cõuentio: si conuentio : ergo & pactum, nam pactum non differt à conuentione animorum, *vt notatur in. §. infra. prox. & ibi dicam.*
¶ Secundo facit tex. *in c.1. & in.c merito.15.q.1.* vbi dicitur consensus nolentium & volentium, &

Placitum. (margin)

tamen

tamen consensus est, & dicitur nolens appetere & desiderare, *vt in iuribus per gloss. ibi al.* hoc tamen intelligo respectiuè, non simpliciter, puta cum Italiam venirem ventis iactatus, discrimine mortis: portus Penorum etiam ad seruitutem optabam, ita etiam dicitur coactũ consensum esse consensum. *vt in cap. sacris. quod metus causa. l. si mulier. §. si metu coactus eo. titu.* itaq; est consensus non purus & simplex sed respectiuus: *facit quod notat Bar. in. l. Lucius de fideicõ. lib. 1.* vbi per text. notat quod verbum: placet: non interpretatur de placito libero omnimodo, sed regulato, atque rationi subiecto, erit ergo pactum, & si non sit merè spontaneum. ¶ Secundo colligo ex dictis Barto. quod placitum 36
idem est quod consensus, nam si idem significant & in vno inest aliud, & re & nomine idem esse necessario sequitur, *vt in. l. si idem. C. de testa.* & sic vides quod hoc est contra id quod ipse sentit, quod est accidens, vel quod exponatur adiectiuè. Item est contra sensum Abb. in dicto cap. 2. vbi Abb. dicit esse diuersum, & quia stare potest tanquam accidens ad aliud, ideo dicebat exponi adiectiuè. Item gloss. nostra videtur contra primam expositionẽ sentire, quod sint idem in quantum dicit, quod non spontaenus consensus potest dici pactum *vt le. si mulier. dicto. §. si metu coactus: & gloss. hoc non resoluit.* Ego etiam credo quod sit idem nec obstat quod consensus dicatur etiam metu coactus, nam sicut ille non est consensus purus, &

nō requiritur præſentia partium, *vt ibi do. Alex. idem tenet in eadem. l. 2.* & ideo dicit, quod præſentia nec epiſtola, nec nuncio opus eſt: quia non requiritur conſenſus, ergo nō definitur. *& dicit facere l. ſi cum dotem. in princ. infra. ſol. ma. in prin. ſecundum verum intellectum & lex ſolutum. §. ſolutam infra. de pig. ac. & le. item quaritur. §. qui impleto infra. locati & le. ſi pracedete infra. mandati.* † Conſiderandum tamen eſt quod pactum poteſt dici tacitum dupliciter: aut inductum à præſumptione legis, *vt l. labeo. & le. item quia infra. eo.* & tunc cum pactum præſumitur neceſſario præſumitur cōſenſus: quia ſine cōſenſu, ſtare non poteſt, & hoc eſt quod dicit lex. labeo infra eodem, ꝙ etiam tacitu cōſenſu conuenire intelliguntur: aut tacitum pactū eſt fictum & tunc prout pactū fingitur neceſſariò fingitur cōſenſus, quia cū aliquid in iure fingitur, fingitur omnia neceſſaria, & naturalia ad ipſum actū *vt le. 1. in prin. de rei vxo. actio.* nam ibi vt detur ex ſtipulatu actio, fingitur, ſtipulatio eſt præceſſiſſe in tantū, ꝙ notat Aretinus *in le. quamuis. §. ſi cum eſſem infra. ad vel.* ꝙ actiões vel obligationes tacitè à iure introductę dicuntur natiuæ, quia finguntur natæ à contractu, eſt tex. ibi vnde dicendum eſt, quod ſi fingitur pactum, neceſſariò fingitur conſenſus *vt le. cum filius familias ſi cer. pe. infra. ergo.* in pacto tacito ſemper ineſt cōſenſus tacitus & ſi prout tacitum pactū & fictum eſt, ita dicitur definire, nō autem prout verū, nam verū in ficto nō eſt: ergo do. 58

Iaſ.

probat, vbi qui vltra tempus conuentionis in domo permansit, videtur de nouo locare & ista locatio & conductio introducitur ex taciturnitate partium & sic tacito consensu. *vt le. qui patitur infra mandati* & verba text. sonant ibi (taciturnitate vtriusq; partis colonum reconduxisse videri) item probatur exprefsè: ibi huius enim consensus nouus erat necessarius: & expressiuus, ibi, hoc enim ipso quod tacuerũt consensisse videntur: itaq; nescio quomodo text. illum allegauerint. non obstat text. le. si præcedente, infra mandati. vbi si debitor dederit creditori mandatarium, qui sibi satisfaciat postea mortuo debitore, & absente creditore inter alios creditores diuisum est, æs hæreditarium apud ipsum prætorem dicitur, ꝙ nihil ei præiudicat, quia fuit absens, & non cõsensit. Sequitur & facit: quid tamen, si ipse creditor conueniat hæredem ad partem ex diuisione prætoris: dicit tex. in fine quod videbitur consentire decreto conueniendo eum. Ecce ꝙ in isto tacito pacto inest ẽt tacitus cõsensus: Imo ex tacito consensu est tacitũ pactũ: repugnat enim in se, ꝙ præsumatᷣ pactũ, & nõ præsumatur cõsensus, cum idem sit: ergo in pacto præsumpto inest cõsensus præsumpt⁹. Nõ obstat lex. si cum dotem in prin. Secundũ illũ intellectũ, nam ibi tacitè renũciauit eo ꝙ in vnũ casum dotem sibi reddi ipse pater pepigit & ita ibi tenet Bar. in fi. 1. col. ꝙ quoad alios casus tacitè renunciauit, quæ renunciatio nõ põt fieri

sine tacito consensu, eò maximè quod etsi ibi esset pactũ fictum fingitur cõsensus vt supra: tamen vt ibi tenet Bart. & Bal. & gloss. in præsentia fuit factum pactum & si tacitũ. eò enim quod expresśè pepigit, in vnum casum censetur alios renũciare. Finaliter non obstat quod dicebat Riminaldus Modernus subtilis *in d.l.2. in vlti.notabili* contra Salycetum & Raphaëlem, quod datur obligatio sine consensu ficto *probabat per legem. 3. §. si furiosi & ibi notat Bal. de nego. gest. infra & in §. 1. Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu. & per legem item quia. infra. isto tit.* Respondeo quod lex. item quia, potius ꝓbat contra. *vt supra dictum est. & ibi dicam:* aliæ leges probãt quod obligatio datur sine cõsensu ficto patet, quia datur contra furiosum, & furiosus non potest cõsentire. ergo lex non dedet impossibile fingere. Parcat etiam dominus Riminaldus: nam probat ipse benè quod obligatio nascatur sine consensu: non tamen quod obligatio ex pacto tacito nascatur sine consensu: & in isto casu nos loquimur, & quod ista sit veritas probo auctoritate Bart. & argumento vero. Nam Bar. *in l.1. de condit. inde in 3. col. ante med.* docet, ꝙ aliquando obligatio contrahitur etiam sine consensu: vt in negotiorum gestore. Ita ipse intelligit prædictam legem tertiam: & dicit non nasci ex contractu, quia nascitur etiam contra furiosum: & ita ipse eadem iura intelligit *in. l. Iulianus verum debitorem in 8. col. in medio eo. tit.* obligatio ergò negotiorum gestorum non

Digitized by Google

non nascitur, ex cõtractu & ratiõe patet, quia nascitur ex quasi cõtractu,& quasi contractus ideo est, quia non est contractus *vt Institu.eo.in prin.* Verior ergo credo ꝙ sit doctrina Are. *in d.l.quamuis.§.si cum essem.infra. ad Velleia.* ꝙ quãdo à lege introducitur actio,ex cõtractu fingitur contractus ille:*vt supra dixi,* sed de negociorum gestore non est cõgruum arg. Quia illa actio non est ex contractu.Sed de hoc nihil affirmo pro nunc, quo ad propositum tamẽ nihil obstat,vnde nostra opinio remanet vera. ¶ Restat dubitatio vltra doctorum scripta. Hic dicitur,quod pactum est duorum consensus:& hinc dictum fuit ꝑ glossam & doctores, vt supra latè, ꝙ alteri paciscendo fit pactum. item ꝙ tali pacto nec lex resistit nec assistit. Contra omnia ista obstat text.*in. c. pactum.de verb.sig.* vbi dicit,pactum *n* dicitur inter partes conueniens scriptura legibus ac moribus comprobata:ecce quod illa definitio non cõgruit isti, & secundum illam alteri pacisci (si est pactũ) falsum est,quod lex non assistat : aut si non assistit non est pactum.Respondeo quod ibi nõ ponitur vera definitio:sed quędam declaratio *o* non restricta ad definitionem:aliàs si definitio esset, sequeretur quod pactum siue scriptura fieri nõ posset:quod est contra legem Labeo.infra. eo. & alia incõuenientia sequerentur.*de quibus infra.in l. legitima.* cum ergo dicit,ꝙ est legibus comprobata referas aut ad edictũ Prætoris, quod cõprobat pacta, aut etiam ad

n Pacti alia Definitio.

o Aut quædam descriptio Pacti vel contractus eo tempore vsitati.

Digitized by Google

contractus qui iure ciuili sunt efficaces. nam tex.ille non comprehendit omne pactum: vt patet in eo quod de scriptura dicit. Sed ideo vtrumq; dicit,quia per maiorem partẽ pacta scriptis fiunt,&pro maiori parte legibus comprobantur: hoc pro nunc, quod superest ad illud c. pulchrè dicetur. in l. iuris gentium. §. sed cum nulla. ¶Item fortiter contra tex. nostrum.op. hic dicitur quod prætor naturali æquitate pacta obseruat.Item ego habeo quod ista obseruantia in pactis nudis stat in danda exceptione:*vt in.l.iuris gentium.in prin. & in. §. sed cum nulla. infra. eo. & declarat Bar.in.§. prætor. eiusdem. l.*Sed ego probo quod contraria conuentione tollitur æquitas:*vt.l. Stichũ. §.naturales.infra de solutio.* vbi dicitur quia vinculũ æquitatis quo solo substinebatur,cõuentionis æquitate dissoluitur. Ecce quod æquitas est sublata: & tamen etiam post contrariam conuentionem obseruatur pactum:patet quia datur exceptio *vt l.si vnus.§.pactus.infra.eo.& Instit. de repli.in princ.* Ergo pactũ sine æquitate obseruatur. hoc argumẽtũ nõ inuenio scriptũ,nec credo facilè quisque responderet. Pro nunc respondeo: quod æquitas ipsa à natura prouenit: natura autem nõ fallitur:*vt l. cum quidam. §. quod dicitur. de acqui.hære.infra. & l. apud antiquos.infra si pars hæpe.*vnde æquitate contraria ipsa natura se resoluit priorem æquitatem.*vt in reg.nihil,tam naturale.de reg.iuris. infra.*Sed obseruatio prætoris est factum hominis.vt in d.§.prætor.latius declarabo

p Ita tribus verbis potest tolli difficultas, quod pactũ factũ est.c 27 § *pactus ne poterit hoc fit* quæ facta sunt pacto tolli ipso iure non possunt.*l. Verum est* 31. *ff de reg. iur.*

clarabo. Homo igitur fallitur in veritate, intentione tamen cum prætor in iudicio dat exceptionem credit æquitatem inesse. intentio ergo edicti in hoc tex. declaratur. Ex his erit necesse intelligere quare prętor ipso iure non tollat ius primi pacti, quod referendum est ad allegatum.§.pactus ne peteret.

SVMMARIVM.

1 *Conuentio an sit genus ad pactum tanquam generalior & num. sequenti.*
2 *Tituli de pactis. ff. institutum scopus & huius.§. continuatio.*
3 *Promissio an sit generalior pacto.*
4 *Pactum inesse cuilibet contractui siue distractui.*
5 *Transigere quid sit, atq; inibi an transactio sit cõtractus innominatus.*
6 *Conuentionis appellatio an extendatur ad actum, quid si ad distrahendum non ad contrahendum.*
7 *Obligationem naturalem oriri ex pacto quantumcunque liberatio.*
8 *Stipulatio producat nec ne naturalem obligationem & num.10.*
9 *Intellectus ad.§. de constituta institu. de actionibus.*
11 *Intellectus ad l.indebitam.ff.de condict.indeb.*

CONVENTIONIS.

ISte tex.vsq; ad.§.sed cõuentionem, diuidit in duas partes: In prima declarat genus verbi cõuentionis spiritualis vel mentalis & eam

per conuentionē corporalē ꝓbat. In secunda infert ex supiori declaratione ꝑ modum ampliationis. Secūda ex versi. adeo vsq; in finem. Et nota nostræ diuisionis rationem: [a] quia ex ea videtur ꝙ destruat diuisio domini Alex. ꝓut melius infra ostendam. Sumat Bar. ꝙ verbū (Conuentionis) est generale ad omnia pacta cōtractus & distractus. Melius summaretur, ꝙ verbum (Conuētio) in omni duorum cōsensu, siue in contractu, siue in distractu verificat.

[a] Vide pulchram diuisionē positam per Alber. hic & quo ibidem dicit.

1 † Nota primo in verbo *(generale)* ꝙ verbū cōuentio, est genus ad ipsum pactum. & ita glo. in verbo (generale) exponit (magis quam Pactionis) quasi sit supra ipsum pactum. Hoc est de mente Bar. vt in summario patet, & Alex. & cæterorum. itaq; ipsi intendunt, ꝙ cum tex. in princ. dicat ꝙ conuentionis verbum generale est: intelligit ꝙ sit genus ad ipsum pactum. & ita glo. exponit generale. s. magis quam pactionis quia pactum nō est ita generale. Ergo tñ quæro de causa continuationis ad istū. §. quæro quæ est ratio quare hic ponatur post difinitionem pacti: Respondeo ꝙ totus iste titulus declarat: aut principaliter intēdit, declarare edictū in albo prætorio positū, cuius verba talia erant: pacta conuenta quæ nec dolo malo. &c. *vt uidebis infra. in l. iuris gentium. §. Prætor ait.* vnde cum de pactis conuentis Prætor loqueretur & pactum iam esset definitium, quæritur conuentionis verbum in edicto positum quid comprehendat, & dicitur generale ad omnem

Digitized by Google

omnem cõtractum & distractũ & ad omnem consensum duorum. Hoc probat à significatione verbi & per similitudinem conuentionis corporalis: nam sicuti Conuenire dicũtur qui ex diuersis locis in vnum veniũt: ita qui ex diuersis animi motibus in vnam sententiam consentiunt. In his ergo pondero ꝙ dubitatio nostra nõ est de conuentione, prout ad genus conuentionis corporalis & mentalis refertur. Sed est dubitatio quid nomine conuentionis vel pacti conuenti comprehendatur: item ꝙ ista videatur veritas, facit, nam cum text. dicit cõuentionis verbum generale est: statim subiungit ad ꝙ generalitas referatur. s. ad omnia pertinens: de quibus negotij contrahendi transigendiq́; cam consentiunt, qui inter se agunt. Ecce quod generalitas ad hoc refertur, non ad id quod conuentio sit generalior pacto. *vt glo. & doctores.* nam secundum hoc & pactum est generale & conuentio non est generalior pacto: & ꝙ de cõuentione dicit, idem intelligit de pacto. *patet in l. Labeo. & l. item quia.* vbi ista eadẽ generalitas declaratur, & dicitur cõuenire & tacitè & expressè posse. & exemplificatur in pacto, vt ibi. (Secundum hoc & mutꝰ pacisci potest.) Immo potest credi, ꝙ cum supra definitum sit pactum & sit declaratum, omnem consensum pactum esse: in isto. §. intendit declarare esse generalẽ æquè cõuentionẽ sicut pactũ. Probatur quia vbicunq́; duo cõsentiunt in idẽ. ibi est cõuẽtio: vt tex. dicit. &

hoc probatur iterum exemplo: nam sicut cō-uenire dicuntur corpore ita & animo. Vnde generalitas ista ad mentalem tantum cōuentionem referenda est: quod etiam probatur in vers. adeo. vbi dicitur quod adeo est generale nomen: quod eleganter dixit Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ in se nō habeat conuentionē, & sic semper de generalitate mentalis conuentionis loquitur. Hinc colliges nostram diuisionem cōgruam
2 & nostrum summarium. † Dico ergo. quod cōuentio quando est genus ad corpoream & mentalem conuentionem, tunc est genus ad ipsum pactum, quia est genus ad ipsam conuentionem mentalem. *ita loquitur glo. in verbo transigendi.* Sed quando ponitur pro conuentione mentali non est genus, immo est idem ꝓbatur, quia vbi duo in idem cōsentiunt. ibi est pactū, vt in difinitione: & ibi est conuentio, vt in nostro tex. ergo nō differunt. Cum ergo in materia contractuum loquimur. noto ex nostro tex. iuncta difinitione pacti, ꝙ conuentio nō est generalior pacto. vnde forsan malè docuerunt Moderni Papienses *in Rubr. de verbo. obligatio in. 1. col.* vbi dicunt, ꝙ conuentio est valdè nomen generale ad omnem contractum distractum re, & verbis, & literis, siue nuncio, siue per scripturam, siue tacitè siue expresè cōtrahatur. ideo ista est generalior promissione & promissio generalior pacto. ita ipsi. Sed vt constat ex tex. nostro ēt verbis & literis cōtrahitur

hitur pactũ, quia est consensus. Item in tacita cõuentione est tacitum pactum, *vt probabã per legem. item quia. infra eo. & l. 2. & l. si creditores. C. eo.* Forsan poteris excusare dominũ Ias. quia. cũ loquitur de pacto. intelligit pactũ nudum: sed in veritate videtur ꝙ ipse loquatur de genere & vniuersalitate verborum conuentionis & pacti & promissionis. vt ipse in principio præsupponit. ¶ Vnde credo malè pactũ declaret. 3 vt ẽt inferius ostendam. Item cum ipse[b] dicit ꝙ ꝓmissio est generalior pacto. malè dicit, q a si cõuentio mentalis est superior ad ꝓmissionem, vt ipse dicit, ergo, & pactum, tamẽ adhuc credo ꝙ cõuentio nõ sit generalior ipsa promissiõe. Sed hñt se tanꝗ excedẽtia & expressa, probat̃, quia ꝓmissio ẽt ad pollicitatiõem refert̃ *vt l. sciendũ. §. dictũ.* itaq; significat pollicitationem & pactũ & stipulationem: *vt tex ibi.* Sic ergo aliqñ est promissio in qua non est cõuentio, sicut aliqñ est cõsensus duorũ in quo nulla sit promissio. Sed arguo sic. pactum est species ꝓmissionis. *vt in d. §. dictum.* Ergo & conuentio, *vt in isto tex.* & sic promissio est latior quam ipsa cõuentio. Respondeo & credo ꝙ ꝓmissio cõprehendit sub se pactum. s. ꝓmissiuum; secùs vniuersaliter quemlibet duorum cõsensum: aliàs verum esset ꝙ promissio esset maior ipsa conuentione mentali. & ita Ias. ipse sibi cõtrarius tenuit *in l. lecta. in 3. notab. infra. si cer. pet.* quod cõuentio erat minus generalis ꝗ ꝓmissio. sed nec ipẽ forsan dicit bene nec Bar. quẽ ipse reprehen-

[b] Adde ꝙ promissio etiam obligat Deũ *Bal. in. l. 1. ff. de pact. & in. c. a. 1. de natura feu. Ant. de Butr. in c. 1. de const. Vide Magistratũ senten. in q. 4.*

prehendit ibi: qui dicebat conuentionem esse generaliorem ipsa ꝓmissione, de hoc aliquid dixi in prin. huius legis. Hinc, vt supra apparet: teneri pôt, quod pactum non est inferius ipsa
4 ꝓmissione. † Item ex supradictis & ex text. infero, ꝙ pactum est in quolibet contractu siue distractu, siue re, siue verbis fiat & finaliter vbicunq; fuerit consensus tacitus vel expressus ibi erit pactum tacitũ vel expressum: Hoc clarissimè patet. Nam in tex. nostro cõuentio ideo dicitur in omnibus istis quia nihil aliud est, nisi cõsensus duorum. ergo eadem ratiõe dicetur inesse pactũ in omnibus istis, quia pactũ duorum est consensus. Vnde declarat do. Ias. *in rub. de verborum. in eadem. 1. col.* cum voluit dicere, ꝙ tm̃ est pactum informis cõsensus absq; aliqua solennitate verborum. nam etiam cum solennitate potest esse pactum, quia est consensus: vt tex. hic ibi (nam & stipulatio &c. Nec obstat quod dicit quod in pactis factum versatur. *l. si vnus. §. pactus. infra.* nam etiam in stipulatione ꝓut est cõsensus: factum versatur. *l. cõsilio de cura furiosi in l. 5. §. stipulatio. infra de verb. ob.* & de hoc
5 inferius dicam. † Tertio noto ex text. ꝙ verbum (*Transigere*) est verbũ generis subalterni: nec est ꝓprium nomen cõtractus, nam Transigere idem est quod recedere à prima cõuentiõe & delere priorem contractum: vt hic in tex. vbicunq; ergo agitur de recedendo atque tollendo primo contractu dicitur transactio: *simi. tex. est in l. si vno. in prin. infra. locati.* vnde inferunt

Digitized by Google

runt docentes, ꝙ transactio est contractus innominatus, quia ille dicitur cõtractus innominatus qui habet nomẽ generis *vt in Rub. de rerum pmu. C. in gl.* Item idẽ ꝓbatur per tex. *in l. 2. infra de iure iur.* vbi ius iurandũ speciẽ transactionis cõtinet. ergo trãsactio est genus. Sed nota quod illum tex. retorquere poteris: cum enim genus sub se suas species continet: *vt plenè per Bar. in l. 1. si cer. pet. in 2. col.* si iusiurandũ cõtinet transactionis speciẽ: ergo iusiurandũ est genus. & ideo nec vnum ꝓbat nec aliud. Sed verba sunt ambigua. si tñ iuramentũ esset gen⁹: ibi transactio sumitur pro transactione specifica. *de qua in l. 1. & in toto titulo de transa. infra.* & tunc dicendũ esset ꝙ iuramentũ habet sub se plures species. *vt notatur in Rub. eo. ti.* Sed forsan voluit tex. dicere, ꝙ iusiurandũ litis decisorium *de quo in l. 1.* cõtinet speciẽ transactionis, idest, similitudinem transactionis: & conformant verba sequentia (maiorẽq; hꝫ auctoritatem quã res iudicata). Scilicet hæc argumẽti genera dixi: quorũ nihil affirmo quia est mã. abextra. *cætera vide in l. iuris gen. in prin.* † Quarto noto est tex. ꝙ ẽt cum agit̃ 6
de distrahẽdo est cõuẽtio. *Facit l. si in area infra de cond. inde.* vbi q̃ vult soluere pecuniã ex ipsa solutiõe gerit negotiũ. Sed cõtra hoc oppono de tex. *in §. itẽ is cui. inst. de obli. quæ ex quasi cõtractu.* vbi dicit̃ ꝙ qui vult soluere, magis vult vel agit distrahere, quã contrahere negotium. quare distinguendum est breuiter: quod aut loquimur de cõuentiõe & verè est cõuentio, quia est cõsensus:

Contractus innominatus quis.

Digitized by Google

sensus: cõsensus tñ ad solutionem non autem ad contrahendum de nouo. item verè geritur negotium.s.solutionib⁹ & ita loquitur tex. *in d. l. si in area.* patet ex verbis. (nam is qui nõ debitam pecuniam soluit, hoc ipso aliquid negotij gerit) ita tex. ꝙ quidem negotium ad agendũ cõdictione indebiti necesse est. Hinc malè exponit ibi gloss. gerit: idest: gerere videtur. nam vt dixi ibi vere gerit negociũ solutiõis de quo in tex. *& idem sentire videtur glo. 1. in d. §. item is cui.* Item hinc malè credo soluat glo. *in §. is quoq; in glo. si. insti. quib. Mod. re. con. oblig.* vbi ideo dicit glo. ꝙ ponitur inter contractus qui re cõtrahunt: solutio indebiti: quia tacitè videt aliqoud negotium geri: *vt. l. si is qui infra. commodati. in fi.* tamen glo. non forsan recte intelligit. nam verũ est ꝙ tacitè nascitur obligatio in solutione indebiti: nõ tamen ex tacito negotio, sed ex expresso *vt text. in d. l. si in area. declarat.* Nota tamen ꝙ in titulo quibus modis re contrahit obligatio. tractatur de obligationibus quæ re cõtrahũtur, & verũ est istam re cõtrahi. id est, solutione, ideo ponitur in illo titulo. non quia sit tacitè cõtractus. nam ex eo quod sit cõntract⁹ tacitus, non ponitur vt idem. §. is quoq;, asserit quia sentiens ꝙ ibi tractatur de obligationib⁹ quæ re cõtrahuntur & ex cõtractu nascuntur: *vt in. §. si instit. de oblig.* fatetur non cõtrahi ex intentione agẽtium. nam dicit (hæc species obligatiõis nõ videtur ex cõtractu cõsistere. Aut ergo de negotio cõtrahendi loquimur & certum

tum est quod nō intendunt gerere tale negotiū & ita loquit. §. is quoq; &c. §. item is cui & ideo dicit quasi cōtrahi. nam si cōtractus esset non esset possibile quod esset quasi contract⁹ *vt insti. de obl. quæ ex quasi con. in prin.* Sed stat argumētū, quia si re cōtrahit, ergo est cōtract⁹. Item si est quasi cōtractus nō est cōtractus: & sic duo vident repungnātia. Credo ita respōndendū: quod contrahitur obligatio re. 1. solutiōe: *c* & ista consideratione dicit cōtract⁹: prout dicit conuentio in nostro tex. ēt cum distrahitur. Sed considerata intētione agētiū null⁹ est cōtractus: ideo hac cōderatione dicit quasi cōtrahi: & ita intelligas ista iura tā intricata quorū intellectū ego nusquā vidi. Considera igit ad propositū nostri tex. quod ēt in distractu est cōuentio. nam etsi nō habeam⁹ intētionē cōtrahēdi: habem⁹ tñ intētionē distrahēdi quę cōuētio est. ita est tex. hic. † Quinto noto istū tex. quod ex pacto quātūcūq; liberatorio orit naturalis obligatio. Probat, quia est cōuētio quæ ab edicto obseruat vt patet ex tex. nostro iunctis verbis edicti: sed eā obseruare naturali ęquitati cōuenit *vt in prin. L nostra.* ergo oritur naturalis obligatio: probatur cōsequentia per doctrinā Bar. *in l. Iulianus verū debitorē. in 8. col. infra de cōd. indeb.* nā vbi est æquitas naturalis ibi naturalis obligatio vt ibi Bar. *& probatur per tex. in. §. per traditionem. inst. de rerum di. L Stichum. §. naturales. de sol. infra.* de ista quæstione plenè per Doctores *in l. pacta nouissima. C. eo.* dicetur iu. §. pactus ne peterent infra eo. 7

c Habet enim se hæc indebiti solutio, ad instar mutui, ideoque etiam eius nomine competit cōdictitia actio. §. 1. Institut. quib. mod. re contraxit oblig.

GLOS-

contractus qui iure ciuili sunt efficaces. nam tex. ille non comprehendit omne pactum: vt patet in eo quod de scriptura dicit. Sed ideo vtrumq; dicit, quia per maiorem partẽ pacta scriptis fiunt, & pro maiori parte legibus comprobantur: hoc pro nunc, quod superest ad illud c. pulchrè dicetur. in l. iuris gentium. §. sed cum nulla. ¶ Item fortiter contra tex. nostrum. op. hic dicitur quod prætor naturali æquitate pacta obseruat. Item ego habeo quod ista obseruantia in pactis nudis stat in danda exceptione: *vt in. l. iuris gentium. in prin. & in. §. sed cum nulla. infra. eo. & declarat Bar. in. §. prætor. eiusdem. l.* Sed ego probo quod contraria conuentione tollitur æquitas: *vt. l. Stichũ. §. naturales. infra de solutio.* vbi dicitur quia vinculũ æquitatis quo solo substinebatur, cõuentionis æquitate dissoluitur. Ecce quod æquitas est sublata: & tamen etiam post contrariam conuentionem obseruatur pactum: patet quia datur exceptio *vt l. si vnus. §. pactus. infra. eo. & Instit. de repli. in princ.* Ergo pactũ sine æquitate obseruatur. hoc argumẽtũ nõ inuenio scriptũ, nec credo facilè *p* quisque responderet. Pro nunc respondeo: quod æquitas ipsa à natura prouenit: natura autem nõ fallitur: *vt l. cum quidam. §. quod dicitur. de acqui. hære. infra. & l. apud antiquos. infra si pars hæpe.* vnde æquitate contraria ipsa natura se resoluit priorem æquitatem. *vt in reg. nihil, tam naturale. de reg. iuris. infra.* Sed obseruatio prætoris est factum hominis. vt in d. §. prætor. latius declarabo

p Ista tribus verbis potest tolli difficultas, quod pactũ facti est. c 27 § *pactum ne poterit hoc tir* quæ facta sunt pacto tolli ipso iure non possunt. *l. Verum est* 31. *ff de reg. iur.*

Digitized by Google

clarabo. Homo igitur fallitur in veritate, intentione tamen cum prætor in iudicio dat exceptionem credit æquitatem inesse. intentio ergo edicti in hoc tex. declaratur. Ex his erit necesse intelligere quare prętor ipso iure non tollat ius primi pacti, quod referendum est ad allegatum.§.pactus ne peteret.

SVMMARIVM.

1 *Conuentio an sit genus ad pactum tanquam generalior & num. seqenti.*

2 *Tituli de pactis. ff. institutum scopus & huius.§. continuatio.*

3 *Promißio an sit generalior pacto.*

4 *Pactum inesse cuilibet contractui siue distractui.*

5 *Transsigere quid sit, atq; inibi an transsactio sit cõtractus innominatus.*

6 *Conuentionis appellatio an extendatur ad actum, quid si ad distrahendum non ad contrahendum.*

7 *Obligationem naturalem oriri ex pacto quantumcunque liberatio.*

8 *Stipulatio producat nec ne naturalem obligationem & num. 10.*

9 *Intellectus ad. §. de constituta institu. de actionibus.*

11 *Intellectus ad l. indebitam. ff. de condict. indeb.*

CONVENTIONIS.

ISte tex. vsq; ad.§. sed cõuentionem, diuidit in duas partes: In prima declarat genus verbi cõuentionis spiritualis vel mentalis & eam

 per

omnem cõtractum & distractũ & ad omnem consensum duorum. Hoc probat à significatione verbi & per similitudinem conuentionis corporalis: nam sicuti Conuenire dicũtur qui ex diuersis locis in vnum veniũt: ita qui ex diuersis animi motibus in vnam sententiam consentiunt. In his ergo pondero ꝙ dubitatio nostra nõ est de conuentione, prout ad genus conuentionis corporalis & mentalis refertur. Sed est dubitatio quid nomine conuentionis vel pacti conuenti comprehendatur: item ꝙ ista videatur veritas, facit, nam cum text. dicit cõuentionis verbum generale est: statim subiungit ad ꝙ generalitas referatur. s. ad omnia pertinens: de quibus negotij contrahendi transigendiq́; eam consentiunt, qui inter se agunt. Ecce quod generalitas ad hoc refertur, non ad id quod conuentio sit generalior pacto. *vt glo. & doctores.* nam secundum hoc & pactum est generale & conuentio non est generalior pacto: & ꝙ de cõuentione dicit, idem intelligit de pacto. *patet in l. Labeo. & l. item quia.* vbi ista eadẽ generalitas declaratur, & dicitur cõuenire & tacitè & expressè posse. & exemplificatur in pacto, vt ibi. (Secundum hoc & mut⁹ pacisci potest.) Immo potest credi, ꝙ cum supra definitum sit pactum & sit declaratum, omnem consensum pactum esse: in isto. §. intendit declarare esse generalẽ æquè cõuentionẽ sicut pactũ. Probatur quia vbicunq; duo cõsentiunt in idẽ. ibi est cõuẽtio: vt tex. dicit. &

hoc probatur iterum exemplo: nam ficut cō-nenire dicnntur corpore ita & animo. Vnde generalitas ista ad mentalem tantum cōuentionem referenda eſt: quod etiam probatur in verſ. adeo. vbi dicitur quod adeo eſt generale nomen: quod eleganter dixit Pedius, nullum eſſe contractum, nullam obligationem, quæ in ſe nō habeat conuentionē, & ſic ſemper de generalitate mentalis conuentionis loquitur. Hinc colliges noſtram diuiſionem cōgruam
2 & noſtrum ſummarium. † Dico ergo. quod cōuentio quando eſt genus ad corpoream & mentalem conuentionem, tunc eſt genus ad ipſum pactum, quia eſt genus ad ipſam conuentionem mentalem. *ita loquitur glo. in verbo tranſigendi.* Sed quando ponitur pro conuentione mentali non eſt genus, immo eſt idem ꝓbatur, quia vbi duo in idem cōſentiunt. ibi eſt pactū, vt in difinitione: & ibi eſt conuentio, vt in noſtro tex. ergo nō differunt. Cum ergo in materia contractuum loquimur. noto ex noſtro tex. iuncta difinitione pacti, ꝙ conuentio nō eſt generalior pacto. vnde forſan malè docuerunt Moderni Papienſes *in Rubr. de verbo. obligatio in. 1. col.* vbi dicunt, ꝙ conuentio eſt valdè nomen generale ad omnem contractum diſtractum re, & verbis, & literis, ſiue nuncio, ſiue per ſcripturam, ſiue tacitè ſiue expreſsè cōtrahatur. ideo iſta eſt generalior promiſſione & promiſſio generalior pacto. ita ipſi. Sed vt conſtat ex tex. noſtro ēt verbis & literis cōtrahitur

Digitized by Google

hitur pactū, quia est consensus. Item in tacita cōuentione est tacitum pactum, *vt probabā per legem. item quia. infra eo. & l. 2. & l. si creditores. C. eo.* Forsan poteris excusare dominū Ias. quia. cū loquitur de pacto. intelligit pactū nudum: sed in veritate videtur ꝙ ipse loquatur de genere & vniuersalitate verborum conuentionis & pacti & promissionis. vt ipse in principio præsupponit. ¶ Vnde credo malè pactū declaret. 3 vt ēt inferius ostendam. Item cum ipse[b] dicit ꝙ ꝓmissio est generalior pacto. malè dicit, q a si cōuentio mentalis est superior ad ꝓmissionem, vt ipse dicit, ergo, & pactum, tamē adhuc credo ꝙ cōuentio nō sit generalior ipsa promissiōe. Sed hñt se tanq̃ excedētia & expressa, probaī, quia ꝓmissio ēt ad pollicitatiōem referī *vt l. sciendū. §. dictū.* itaq; significat pollicitationem & pactū & stipulationem: *vt tex ibi.* Sic ergo aliqñ est promissio in qua non est cōuentio, sicut aliqñ est cōsensus duorū in quo nulla sit promissio. Sed arguo sic. pactum est species ꝓmissionis. *vt in d. §. dictum.* Ergo & conuentio, *vt in isto tex.* & sic promissio est latior quam ipsa cōuentio. Respondeo & credo ꝙ ꝓmissio cōprehendit sub se pactum. s. ꝓmissiuum; secùs vniuersaliter quemlibet duorum cōsensum: aliàs verum esset ꝙ promissio esset maior ipsa conuentione mentali. & ita Ias. ipse sibi cōtrarius tenuit *in l. lecta. in 3. notab. infra. si cer. pet.* quod cōuentio erat minus generalis q̃ ꝓmissio. sed nec ipse forsan dicit bene nec Bar. quē ipse reprehen-

[b] Adde ꝙ promissio etiam obligat Deū *Bal. in. l. 1. ff. de pact. & in. c. a. 1. de natura feu. Ant. de Butr. in c. 1. de const. Vide Magistratū senten. in 9. 4.*

prehendit ibi: qui dicebat conuentionem esse generaliorem ipsa ꝓmissione, de hoc aliquid dixi in prin. huius legis. Hinc, vt supra apparet: teneri pōt, quod pactum non est inferius ipsa ꝓmissione. † Item ex supradictis & ex text. in
4 fero, ꝙ pactum est in quolibet contractu siue distractu, siue re, siue verbis fiat & finaliter vbicunq; fuerit consensus tacitus vel expressus ibi erit pactum tacitū vel expressum: Hoc clarissimè patet. Nam in tex. nostro cōuentio ideo dicitur in omnibus istis quia nihil aliud est, nisi cōsensus duorum. ergo eadem ratiōe dicetur inesse pactū in omnibus istis, quia pactū duorum est consensus. Vnde declarat do. Ias. *in rub. de verborum. in eadem. 1. col.* cum voluit dicere, ꝙ tm̄ est pactum informis cōsensus absq; aliqua solennitate verborum. nam etiam cum solennitate potest esse pactum, quia est consensus: vt tex. hic ibi (nam & stipulatio &c. Nec obstat quod dicit quod in pactis factum versatur. *l. si vnus. §. pactus. infra.* nam etiam in stipulatione ꝓut est cōsensus: factum versatur. *l. cōsilio de cura furiosi in l. 5. §. stipulatio. infra de verb. ob.* & de hoc inferius dicam. † Tertio noto ex text. ꝙ ver-
5 bum (*Transigere*) est verbū generis subalterni: nec est ꝓprium nomen cōtractus, nam Transigere idem est quod recedere à prima cōuentiōe & delere priorem contractum: vt hic in tex. vbicunq; ergo agitur de recedendo atque tollendo primo contractu dicitur transactio: *simi. tex. est in l. si vno. in prin. infra. locati.* vnde inferunt

sunt docentes, ꝙ transactio est contractus innominatus, quia ille dicitur cõtractus innominatus qui habet nomẽ generis *vt in Rub. de rerum pmu. C. in gl.* Item idẽ ꝓbatur per tex. *in l. 2. infra de iure iur.* vbi iusiurandũ speciẽ transactionis cõtinet. ergo trãsactio est genus. Sed nota quod illum tex. retorquere poteris: cum enim genus sub se suas species continet: *vt plenè per Bar. in l. 1. si cer. pet. in 2. col.* si iusiurandũ cõtinet transactionis speciẽ: ergo iusiurandũ est genus. & ideo nec vnum ꝓbat nec aliud. Sed verba sunt ambigua. si tñ iuramentũ esset gen⁹: ibi transactio sumitur pro transactione specifica. *de qua in l. 1. & in toto titulo de transa. infra.* & tunc dicendũ esset ꝙ iuramentũ habet sub se plures species. *vt notatur in Rub. eo. ti.* Sed forsan voluit tex. dicere, ꝙ iusiurandũ litis decisorium *de quo in l. 1.* cõtinet speciẽ transactionis, idest, similitudinem transactionis: & conformant verba sequentia (maiorẽq; hꝫ auctoritatem quã res iudicata). Scilicet hæc argumẽti genera dixi: quorũ nihil affirmo quia est mã. abextra. *cætera vide in l. iuris gen. in prin.* † Quarto noto est tex. ꝙ ẽt cum agiť 6
de distrahẽdo est cõuẽtio. *Facit l. si in area infra de cond. inde.* vbi q̃ vult soluere pecuniã ex ipsa solutiõe gerit negotiũ. Sed cõtra hoc oppono de tex. *in §. itẽ is cui. inst. de obli. quæ ex quasi cõtractu.* vbi diciť ꝙ qui vult soluere, magis vult vel agit distrahere, quã contrahere negotium. quare distinguendum est breuiter: quod aut loquimur de cõuentiõe & verè est cõuentio, quia est cõsensus:

Contractus innominatus quis.

sensus: cõsensus tñ ad solutionem non autem ad contrahendum de nouo. item verè geritur negotium.s.solutionib⁹& ita loquitur tex.*in.d.l.si in area.* patet ex verbis. (nam is qui nõ debitam pecuniam soluit,hoc ipso aliquid negotij gerit) ita tex. ꝙ quidem negotium ad agendũ cõdictione indebiti necesse est.Hinc malè exponit ibi gloss.gerit:idest:gerere videtur.nam vt dixi ibi vere gerit negociũ solutiõis de quo in tex. *& idem sentire videtur glo. 1.in.d.§.item is cui.* Item hinc malè credo soluat glo. *in.§. is quoq; in glo.si.insti.quib.Mod.re.con. oblig.* vbi ideo dicit glo. ꝙ ponitur inter contractus qui re cõtrahunt: solutio indebiti:quia tacitè videt aliqoud negotium geri:*vt. l. si is qui infra. commodati. in fi.* tamen glo. non forsan recte intelligit.nam verũ est ꝙ tacitè nascitur obligatio in solutione indebiti: nõ tamen ex tacito negotio,sed ex expresso *vt text.in d.l.si in area.declarat.* Nota tamen ꝙ in titulo quibus modis re contrahit obligatio.tractatur de obligationibus quæ re cõtrahũtur,& verũ est istam re cõtrahi.id est, solutione, ideo ponitur in illo titulo.non quia sit tacitè cõtractus. nam ex eo quod sit cõntract⁹ tacitus,non ponitur vt idem.§. is quoq;,asserit quia sentiens ꝙ ibi tractatur de obligationib⁹ quæ re cõtrahuntur & ex cõtractu nascuntur: *vt in.§.si instit.de oblig.* fatetur non cõtrahi ex intentione agẽtium. nam dicit (hæc species obligatiõis nõ videtur ex cõtractu cõsistere. Aut ergo de negotio cõtrahendi loquimur & certum

tum

Digitized by Google

tum est ꝙ nõ intendunt gerere tale negotiũ & ita loquit̃. §. is quoq; &. § . item is cui & ideo dicit̃ quasi cõtrahi. nam si cõtractus esset non esset possibile ꝙ esset quasi contract⁹ *vt insti. de obl. quæ ex quasi con. in prin.* Sed stat argumẽtũ, q̃a si re cõtrahit̃, ergo est cõtract⁹. Item si est quasi cõtractus nõ est cõtractus: & sic duo vident̃ repungnãtia. Credo ita respõndendũ: ꝙ contrahitur obligatio re. 1. solutiõe: *e* & ista consideratione dicit̃ cõtract⁹: ꝓut dicit̃ conuentio in nostro tex. ẽt cum distrahitur. Sed considerata intẽtione agẽtiũ null⁹ est cõtractus: ideo hac cõderatione dicit̃ quasi cõtrahi: & ita intelligas ista iura tã intricata quorũ intellectũ ego nusq̃ vidi. Considera igit̃ ad ꝓpositũ nostri tex. ꝙ ẽt in distractu est cõuentio. nam etsi nõ habeam⁹ intẽtionẽ cõtrahẽdi: habem⁹ tñ intẽtionẽ distrahẽdi quę cõuẽtio est. ita est tex. hic. † Quinto noto istũ tex. ꝙ ex pacto quãtũcũq; liberatorio orit̃ naturalis obligatio. Probat̃, q̃a est cõuẽtio quæ ab edicto obseruat̃ vt patet ex tex. nostro iunctis verbis edicti: sed eã obseruare naturali ęquitati cõuenit *vt in prin. L nostra.* ergo oritur naturalis obligatio: ꝓbatur cõsequentia ꝑ doctrinã Bar. *in l. Iulianus verũ debitorẽ. in 8. col. infra de cõd. indeb.* nã vbi est æquitas naturalis ibi naturalis obligatio vt ibi Bar. *& ꝓbatur per tex. in. §. per traditionem. inst. de rerum di. L Stichum. §. naturales. de sol. infra.* de ista quæstione plenè per Doctores *in l. pacta nouissima. C. eo.* dicetur iu. §. pactus ne peterent infra eo. 7

e Habet enim se hæc indebiti solutio, ad instar mutui, ideoque etiam eius nomine competit cõdictitia actio. §. 1. Institut. quib. mod. recontraxit oblig.

GLOS-

GLOSSARUM Interpretatio.

8 ¶ Venio ad glossas. † & est sola glo. in verbo (cõsensum) quæ eget declaratiõe & ita format argumẽtũ: hĩc dicit ꝙ stipulatio habet cõsensum: ergo hꝫ naturale vinculũ, *vt supra in l. nostra in prin.* Sed in cõtraria opi. fuit Albe. *p §. de constitut. Inst. de actio. & p l. ex diuerso. §. 1. solu. mat.* Glossa tñ ditit primam opi. verã, & nõ soluit. Istã glo. tenet Bar. & quasi oẽs: & sæpè Accursius id tenet: *vt in d. §. de pecunia cõstituta.* & credo istã verã. Soluo Alberici & Oldradi argumẽta quę soluta nõ video. Primò nõ obstat tex. *in d. l. §. de cõstituta.* nam ẽtsi dicat ibi tex. ꝙ ex stipulatiõe iure ciuili teneẗ. nõ ꝓpterea necessario negat iure 9 naturali nõ teneri. & ita ibi glo. tenet. Sed † adhuc text. ille põt induci ad veriorẽ intellectũ: ibi enim text. vult facere differẽtiã inter cõstituti cõtractũ & stipulationẽ, & in hoc assignat eã. s. ꝙ ex stipulatiõe ciuiliter q̃s tenetur: Ergo intelligit ꝙ naturaliter nõ teneaẗ. nam cõtractus cõstituti est fundat⁹ sup æquitate naturali *vt in l. 1. infra de cõsti. pecu.* Et ideo voluit facere differentiã inter stipulationẽ & cõstitutũ. Ergo illa æquitas naturalis non est in stipulatione: respondeo clarè ipsam veritatẽ, aggrediendo, & nego ꝙ ibi tex. voluerit facere differentiam inter naturalẽ & ciuilẽ cõtractũ: sed voluit eã facere inter prætoriam & ciuilẽ actionem. De qua differentia superius in §. sed istæ quidem. facta fuerat diuisio. s. (sed istæ quidem actiones

nes aliæ ciuiles aliæ prætoriæ sunt) & illã diuisiõem prosequitur tex. *in. §. de constituta.* dicens ꝙ actio de constituta est prætoria. Si tñ intercesserit stipulatio (dicit) iure ciuili tenetur: & intelligo non ergo prætorio: nõ aũt dicas: iure ciuili teneť, ergo nõ naturali, hic verus sensus ad illum tex. Nõ obstat lex ex diuerso. su. al. vbi tex. dicit ꝙ si contra mulierem agatur ex promissione vltra quam facere potest: habet exceptionẽ: quamuis iure ciuili teneatur. Ecce quod ex promissione .s. per stipulationem tenetur iure ciuili. ergo non naturali. Sed gloss. istam consequentiam negat, ideo ibi exponit, quod etiam iure naturali tenetur. sed mihi nõ placet nec Alberici intellectus nec glossæ. Nã verum est, quod ibi naturaliter ex ꝓmissione no tenetur, ad ea quæ non potest: ad impossibile enim nullus natura obligatur, nec tenetur: *vt in c. fi. de pactis.* ad ea tamen quæ potest naturaliter, ex promissione obligatur. Et sic cõtra Albe. & glo. hanc esse veritatẽ credo. Sed stat argumentũ quod ẽt de iure ciuili non sit obligata ad ea quæ nõ põt: quod verum est: tñ in casu quo loquimur, est, deducto ne egeat. In quo rigore iuris ciuilis stat obligatio: tamẽ ipsa ęquitate naturali mulier vltrà nõ tenetur. vnde hac æq̃tate credendũ est cessare obligationẽ ẽt ab initio natã. Hoc cõprobatur, quia datur exceptio quæ ex æquitate datur: *vt l. qui æq̃tate de doli exceptiõe & inferius ostendã.* ¶ Sed dñs Alex. cõtra istã cõclusionem nostræ glo. allegat

gat tex. *l. indebitam. infra. de condi. inde.* vbi pecuniam promissam stipulatione, si fideiussor soluat, dicitur indebita, iure gẽtium. Sed ipse do. Alex. hic cum Paulo ibi: respondet quod est indebita iure gẽtium. i. per exceptionem doli: quæ est introducta iure gentium: *vt in. d. l. qui æquitate.*
11 At ista solutio † vel intellectus non est multùm subtilis. immo credo quod ibi, vt tex. dicit, non est obligatus iure gentium. Primo quia fideiussit pro eo qui nec naturaliter nec nec ciuiliter debebat. Probatur quia principalis indebitè solutum repetit: quod si naturaliter [d] debitum fuisset non poterat repetere: Ecce ergo quod prncipalis obligatio nec erat naturalis nec ciuilis: sed fideiussoria obligatio est accessio quædam *vt Insti. eo. ante si.* non enti ergo naturaliter accedere non põt. quia non entis nullæ sunt qualitates. *vt in l. eius qui in prouincio infra. si cer. pet.* Præterea defectus causæ ad ipsam promissionem, facit cessare naturalem obligationẽ: *vt in c. si cautio. de fide instru.* vbi facit cessare obligationẽ canonicã. ergo. *ita in. d. l. indebitã.* Preterea ibi fuit ꝓmissio principalis erronea. ergo & accessoria: quia error versabatur in causa. si ergo stipulatio h; obligationalem: ideo est: quia habet cõsensum: sed nihil tam contrarium consensui q̃ error *vt. l. si per errorem infra. de iuris. om. iud.* Ergo ibi naturaliter nõ obligatur. & sic nihil obstat nostræ qõni. Item quod subauditio prædicta non sit bona, ego probo per eãdem: nam dicunt ipsi quod

[d] Hæc cõsequentia nõ est necessaria, nã aliquando etiam naturale debitum si soluatur, repeti potest, vt in pupillo qui naturaliter obligatus est, prob. §. *Preterea Institut. quib. mod. oblig. tol. l. si. ff. de iure iur.*

Digitized by Google

quod doli exceptio datur ex ipsa naturali æquitate. *vt l. qui æquitate & l. 1. eo. tit.* Sed vbicunq; exceptio datur ex ipsa æquitate naturali contra obligationem. vbi sola est obligatio ciuilis: nõ autem iuncta cum naturali. Probatur, q a cõtraria æquitate resoluitur naturalis: etiamsi ab initio in esse deducta fuisset, *vt l. Stichum §. naturalis infra de sol.* ergo ibi si daretur exceptio doli, non inesset obligatio naturalis. Quod argumentum Bart. verus magister meus confirmat *in l. 1. de condi. indebi. in penu. col. infra.* dicens, q in contractibus contra quos datur exceptio, ex ipsa æquitate naturali: non inest naturalis obligatio, quod sanè intelligas, quando illa æquitas exceptionis est adeò valida, vt impedire possit ortum æquitatis ex cõsensu resultantis, vt est in isto casu. Ex his credo q non sit necessaria subauditio immo textu. stat propriè nec obest nostræ conclusioni.

is enim solutum repetit *l. 41. ff. de cõd. indeb.* ratio est quia contra legis prohibitionem soluit.

SVMMARIVM.

1 *Pignoris conuentio censeri debeat nec ne nominata, an innominata: & quid de pacto super pignore facto.*

2 *Obligationes quo consensu cõtrahuntur, quare dicantur solo consensu constare.*

3 *Contractus qui dicantur nominati & num. 7.*

4 *Pignus solo consensu contrahi posse.*

5 *Pactum conuentum quid dicatur.*

6 *Stipulationem esse contractum nominatum.*

Digitized by Google

idе Albe- Roi hi- quæ ibi- dem dici.

ED CONVENTIONVM. Iste. §. non diuiditur quia breuis & ideo nec summario eget. Primò
1 † noto quod conuentio pignoris est nominata. contra: nam pactum de pignore non est contractus nominatus *vt l. si tibi. §. pignore infra eo.* ideo Bart. *in l. legitima infra. eo. & in l. iuris gen. in prin.* dicit quod in his contractibus qui habent nomen ab actu exequenti, considerãdum est, quod ante executionem non habent nomen, sed stant in nomine conuentionis: in executione vero sunt nominati. vnde pignũs cum à pugno dicatur. *vt l. plebs. de verb. sig.* quando pignus datur tunc dicitur contractus nominatus. Sed ante quam detur: pactum vel conuentio de pignore, non est contractus nominatus. ego non refello istam doctrinam, quam credo omnes sequuntur. ¶ Sed dubitationis geratia pauca contra eam adduco. Primò ex tex. nostro patet: quod pignus est contractus nominatus: sed pignus ꝑut datione pignoris, ita promissione constituitur. *vt. l. 1. infra de pig. ac.* ergo æquè in vno & in alio casu est contractus nominatus. Item noto quod semel & rursus text. ista verba refert: pignus contrahitur nõ solum traditione. Sed etiam nuda conuentione: vnde verba geminata ad intentionem colligenda efficaciora sunt, *vt not. in cle. 1. de iure pat.* ¶ Secundo facit lex contrahitur infra de pig. vbi hypotheca contrahitur solo pacto & consensu. & dicit quod

non

non refert quibus sit verbis: *idem dicit tex.in l. in re hypotheca infra de fide instr.* ¶ Tertiò facit † nam 2
vt veritatem cognoscamus à causis ipsa elicienda est. Vnde considero causam, quare dicantur consensu constare obligationes, quæ ex consensu contrahuntur, & talis est causa: quia nec scriptura nec præsentia omnino opus est, nec dari quicquam necesse est, vt substantiam capiat obligatio, sed sufficit consensus veluti per epistolam vel per nuncium. Hāc rationem assignat lex consensu. *infra de act. & obli.* & imperator. *Insti. de obli. quæ ex cond. post prin.* Sed eadem ratio ponitur. *in d. l. in re hypotheca. & in l. contrahitur.* ergo idem dicendum *& hoc sentit Accursius cum Io. in ea. l. in re hypotheca. in verbo. obligationibus. & in d. l. contrahitur in glo. 1. & Bald. in Rub. de rerū permu. C. in Medio illius Rubricæ.* ¶ Quarto facit tex. *l. 1. §. item emptio infra de rerum permut.* vbi quando obligatio oritur ex conuentione, dicitur ex cōuentione habere nomen, sed obligatio de pignore nascitur ex conuentione *vt l. si tibi. §. de pignor su. al.* ergo erit contractus nominatus: hoc arg. & si in alio proposito. vtitur glo. *l. fi. de cōdi. ob. causam in glo. fi. & in d. l. 1.* ¶ Quinto facit ratio text. *l. iurisgent. §. fi. infra eo:* ibi: quæ pariunt actiones, in suo nomine non constāt: nam vera est conña: habet propriam *b* actionem: ergo proprium nomen: quia nomen antecedit: vt ibi text. Sed conuentio pignoris habet propriam actionem: ergo proprinm nomen: & quod habeat propriam actionem est

b Nominatus contractus quis dicatur.

Digitized by Google

tex.*in d.§.de pignore, & §.item Seruiana.Insti. de act. & in omnibus prædictis iuribus,& magis clarè in l. 1. de pignoratitia act.infra.* ¶ Sexto facit doctrina Bar. ab omnibus credo approbata *in l.iurisgē.§.quin-*
3 *inno infra eo.in fi. col.* vbi docet, quod † quantumcunq; contractus recipit nomen & formam à lege ciuili: tunc dicitur nominatus: sed istæ contractus recipit nomen & formam: vt in d. l.contrahitur,vbi docetur quæ sunt essentialia ad contrahendum, & dicitur solo consensu contrahi:nec alia verba, nec scripturam, nec factum requiri: ergo erit contractus nominatus.Præterea Bar.ipse inquit *in l.iurisgen.§.igitur infra eo.in fi.*& Alex.*in §.sed cum nulla in pe.col.*& cęteri tenent:quod constituti contractus est nominatus, quia etsi alijs sit pactum nudum: tamen à Prætore assumpsit nomen & actionem: vnde dicitur contractus nominatus. Eadem ergo ratione in pignore,etsi aliàs esset pactum de pignore:tamen quia secundum constitutionem Prætoris ex pacto pignus constituitur,
4 & ei datur actio : dicetur contractus † nominatus. Ex hoc resolues quid dicitur quod re cōtrahitur pignus: dico verum esse de iure ciuili, sed per Prætorem fuit additum, vt etiam consensu cōtraheretur. *vt l. contrahitur de pig.& ita tenet glo.l. obligamur.in verbo verbis infra de act. & obli.* Item non obstat tex. *l.plebs. de verb.sig.& l.si rem §.propriè infra de pig.ac.& in §.item Seruiana.Insti.de ac.* vbi propriè pignus dicitur à pugno & sic à rei traditione. Nam dico quod illa proprietas

Digitized by Google

prietas est à vocabuli deriuatione: c Nō autem ab absentia rei quo ad ipsas actiones & obligationes: nam sequeretur secūdum hoc quod etiam cum res im̄obilis datur in hypothecam vel pignus: non esser contractus pignoris nominatus: quod falsum est & cōtra eosdem doctores. Vel si illam proprietatem velis tenere: responde, ꝙ si erit non pignus, erit hypotheca. *vt in d.l.in re hypotheca, & l. contrahitur.* Hæc vt melius cogites dixi.

c Argumentum enim ab Etymologia negatiuum non valet. Vide Euerard in Locis legalib. Loc. de Etymologia.

¶ Secundo ex isto text. noto coniecturatè: quod cum conuentio sit nomen generale ad omnem contractū, siue nudum, siue vestitum (si tamen contractus dici potest) in isto titu. non intendit Prætor tractare de conuentione vestita, quia tales conuentiones nomina habent propria & tractatus proprios, vt est stipulatio, emptio, locatio, pignus, &c. ideo dicēdum videtur, quod iste titu. tractat principaliter de pactis in solo nomine cōuentionis stātibus. *ad hoc facit text. in l. iurisgen. §. Prætor.* Nam Prætor loquitur de Pactis conuentis. & appellatione pacti conuenti venit conuentio nuda. *vt l. iurisgen. §. quinimo. cum si.* Et ad hoc probandum ita arguo contra edictum Prætoris: certum est, quod adiectiuū nomē est, quod adiectum substantiuo, significat aliquod accidēs. Ita dicit noster Anton. Nebrissensis egregius Grammaticus in institutionibus gram̄aticalibus. sed pacta & conuenta sunt idem. *vt in §. superiori patet & ibi notaui.* ergo vnum nō est ac-

cidens ad aliud. malè ergo dicitur pacta con-
5 uenta : aut falſum eſt quod ſint idem. Credo † quod pactum conuentum dicatur pactum quod ſtat in ſolo nomine conuentionis, & ob hoc adiectum fuit conuentum quaſi non habeat aliud nomen *ita forſan poteſt intelligi §. quinimo & l. pacta conuenta infra de contrahen. empt. optimè facit tex. l. 2. infra de tranſa. ibi: non ſolum ſi Aquiliana ſtipulatio verum etiam ſi pactum conuentum.* Sed iſta non multum mihi ſatisfaciunt & facilè refelli poſſent.

¶ Tertio nota quod ſtipulatio eſt contractus nominatus: patet hic: nam dicit tex. quod tranſit à nomine conuentionis in proprium nomen: vnde verſatur dubium, an cum adijciatur contractibus innominatus habeat locũ pœnitentia: de quo latiſſimè maximè per Moder. in Rubr. de verb. ob. poſt 4. col.

¶ Item noto ſecundum hoc: quod ſtipulatio eſt contractus : & ita notari poteſt *in §. fi. Inſtitu. de oblig. iuncto principio. inſti. de verb. ob. & ita notat do. Alex. in ſupra proximo §.* ſed do. Iaſo. dicit quod cum tex. dicat ſiue re, ſiue verbis fiat, referri poteſt ad obligationem: non ad contractum : tamen credo quod ad vtrumq; referatur: nam obligatio ibi ponitur pro contractu, quia vbi contrahitur verbis obligatio: ibi eſt contractus verborum, *vt patet ex d. §. fi. iuncto ſupra dicto principio. Inſti. de verborum,* & hunc appellat contractum noſter tex. *& tex. in d. §. fi.* Vnde non bene dixit glo. 1. §. ſupra proximo, quod

contra-

Digitized by Google

contractus [1] præcedit obligatiōem:& obligatio actionem, itaq; ex contractu nascitur obligatio,& ex obligatione actio: namprout obligatio distinguitur à contractu tunc est ēt distincta è conuentione,& est ius ortum ab ipsa conuentione,& de ista obligatione nō loquitur tex.sed de obligatione quæ pluries pro cōtractu sumitur, quæ dicitur habere in se conuentionem,itaq; habita relatione ad tex.Non rectè loquitur gloss. An autem stipulatio sit propriè vel impropriè cōtractus,possem probare esse proprium : nec iura ista impropriè loqui:sat est pro nunc.

d Benedixit glossa si contractū accipiat p conuentione vt multis iuris articulis sumitur.

¶ Vltimo † nota sing. text. istum ad intelligendum,qui dicantur contractus nominati.s. 6
qui à nomine conuentionis transeunt in proprium nomen.Item qui dicantur innominati. s. qui stant in solo nomine conuentionis, nec transeunt ad aliud nomen. Vnde hic est text. quod quodlibet pactum nudum est contractus innominatus *similis in l. si tibi.C. locati. quos nota pro glo. l.1.in fi. glo. magnæ infra de act.& oblig.de quibus plura dicemus, in l. iurisgen.in princip. & §.sed cum nulla.*

SVMMARIVM.

1 *Conuentionem fieri posse & inter absentes & inter præsentes:item tacitè & expresse.*

2 *Intellectus ad hanc l.Labeo.ff.de Pactis.*

3 *Conuentionis appellationē tacitam & expressam: item inter absentes:aut inter præsentes factam.*

4 *Renunciari non posse iureiurando expressè, nec etiam tacitè.*

5 *Pactum expressum non fieri inter absentes citra organum medium, aliter atquè in Pacto tacito.*

6 *Exceptio doli an competat ex pacto facto inter absentes, citra medium organum.*

ABEO AIT. Tex. iste vsq; ad §. & ideo. diuiditur in duas partes: In prima ponitur quædam diuisio conuentionum. In secunda ampliat potentiam conueniendi: ex qua etiam potest resultare alia diuisio.
1 Secunda. ibi sed etiam. † Hoc cōtinet in summa secundum verum intellectum: Conuentio potest fieri inter absentes & præsentes: & tacitè & expressè. Cum in isto tex. expositio literarum sit nimis intricata: prius videndum est: quomodo intelligatur: & cum tex. dicat re. glo. exponit. i. sine verbis: vt in reddita cautione vt in §. inferiori & in alijs tacitis conuentionibus, vt in legibus duabus sequētibus: vbi re ipsa tacitè contrahitur: *& institutis quib. Mod. re contrahitur obligatio per totum*: & cum text. dicit vel per epistolam, vel per nuncium: intellige: expressè vt differat à superioribus: & cum dicit: inter absentes quoque posse: collige quod etiam inter præsentes: quia dictio *(Quoque)* implicat. Vnde ex gloss. in prima parte tex. colligitur, quod conuenire potest inter absentes, & præsentes tacitè & expressè. Primo ergo Re, idest,

Quoque Dictio,

Digitized by Google

idest, in reddita cautione, quæ dicitur tacita conuentio. Ista expositio non est congrua: qa in secunda parte loquitur de tacita conuentione, addendo eam superioribus, vt patet ibi (sed etiam tacito consensu conuenire intelligitur) ergo superius non fuit locutus ipse Labeo de conuentione tacita: vnde Raph. Fulg. dicebat, Rei, idest verè: sed nec iste multum cõgruit ex ipsa allegatione q̃ facit de l. quotiens. infra de iureiur. vbi glo. exponit propter rem idest propter veritatem. & de hoc plura dicenda essent: tamen quanto breuius potero infra declarabo sensum. Vnde ex his non potest stare quartus intellectus Iasonis, quæ est istius glossæ & est primus qui eidem ipsi non placuit. vt videre eum potest *in l. nostra in prin.* ¶ Secundò, noto quod cum gloss. allegat duas leges sequentes, non potuit allegare, nisi l. item quia. nam lex infra proxima negat conuentionem tacitam re ipsa. Sed si forsan reddens pignus videatur pignoris ius remittere: hoc erit ex dispositione legis nostræ in fi. non ex l. sequenti. ¶ Tertio noto quod cum glo. allegat obligationes quæ re cõtrahuntur: quæ si comprehensas in isto text. forsan malè allegat & malè intelligit: quia si illæ cõuentiones sint tacitè nõ comprebendũtur hic, sed in parte secunda: si sunt expresse, est contra glo. Item patet quod hic non loquatur de his, quia in superiori l. in §. adeo. fuit de his locutus. Item hi contractus sunt expressi, & expressa conuentione fiunt

Re cõtrahere quid.

etiamſi poſſint fieri tacitè. *vt Bart. in [illegible] §. appellata ſu. ſi cer. pet.* & in veritate aliter comprehendi poſſunt ſecundum verum intellectum, non tamen ſecundum ſenſum gloſſæ. Item ſecũdũ glo. in prima parte tex. fieret tota diuiſio conuentionis. ſ. inter præſentes & abſentes. & tacitè & expreſsè. & ſecunda nihil adderet quod eſt falſum vt in ea patet. ideo clarè ita expone,
2 & apta ſic literas. † Labeo ait conuenire poſſe vel re. i. præſentialiter vel inter abſentes quoque poſſe per epiſtolam vel ꝑ nuncium: hunc credo verum intellectum, quem ipſa clara veritas demonſtrat, & vltra id quod literis placet ſine ſubauditionibus facit. Nam verbũ (Conuentio) ipſa reali ſignificatiõe, corporum cõiunctionem & præſentiam ſignificat, vt in §. conuentionis l. ſuperioris, & cum corpore & animo conueniunt, eſt conuentio, vtraque ſignificatione perfecta. vt ibi. Vnde Labeo rectè ait, Conuenire re. pro ipſa præſentiali & animorum conuentione, & quod iſta ſit vera expoſitio optimè facit textu. *l. qui autem §. conſtituere infra de conſti.* vbi ponitur eadem diuiſio quod poteſt conſtitui, inter abſentes & præſentes ſicut paciſci & facit lex *1. infra de procu.* vbi dicitur, cõſtituitur autem procurator vel coram, vel per epiſtolam, vel per nuncium, & ſecundum iſtum intellectum, omnia ſunt clara, & nihil obſtat, & ceſſabunt ſubauditiones maximè in verbo (Quoque) quod etſi implicet, non tamen ex eo elicitur pars diuiſionis. In his

Digitized by Google

his plura dici possent, leuis tamen sunt vtilitatis.

¶ Nota ex isto tex.† quod appellatione con 3
uentionis tacita & expressa, & inter absentes vel inter prȩsentes facta comprehenditur: vnde prohibita conuentione, tacita & expressa prohibita censetur. Sed tantum oppositiones duas facio. primam de c.1.de iur.cal.lib.6.iuncta l.2.§.sed quia eod. titu.C.nam.in l.2.dicitur quod renunciari iuramento non potest. Sed in c. 1. dicitur quod tacitè potest renunciari. Solutionis veritas est ꝙ renunciatio tacita & expressa[a] eadem est, & quia † renunciatio iu- 4
ramenti est calumniosa. Ideo non potest renunciari tacitè nec expresè: si tamen iuramẽtum omittatur in causa, nõ propterea renunciatur, quia si tenunciaretur processus esset nullus: omittitur tamen, & ex ista omissione non præsumitur renunciatio, ideo non est tacita nec expressa. Facit quod traditur in regula qui tacet de reg. iur. & in regula is qui tacet eo.tit.lib.6.nam inter consentire & dissentire, est quoddam mediũ quod est cessatio vel omissio quædam, quæ non cadit in dispositione nec in consensu, & ita est in d.c. 1. vnde malè Moder. notant ibi quod tacitum iuuamine legis magis operatur: quia tacitè potest renũciari. Item op. nam habemus tex. in c. significasti.de foro compe. quod renunciari nõ potest iurisdictioi ipsius epi, tamen tacitè potest consentire quis in alienã iurisdictionem puta ratio-

a Expressa tamen nocent, nõ expressa non nocẽt *l. actus legitimi 77. l. expressa 195. de regul. iur.*

b Tacere medium inter consentire & dissentire.

rationem delicti: *vt in c. fi. eo. tit.* Eodem modo respondeo, quod per delictum non ex cõsensu suo ad renunciationem conuenitur coram iudice delicti. s;. ratione delicti potest hoc, qa ex delicto conuenitur: nõ ex contractu vel renunciatione. Item potest quia consentire efficaciter non potest *vt in d. c. significasti.* & ita cõsentitur expressè, sicut tacitè, *vt in text. nostro & l. item quia infra eo.* & ita disputando respondebam. *quam opinionem inuenies per glo. in c. inolita. 11. q. 1. reprobata Ioannis opinione.* Hinc etiam possem sustinere, quod non sit bona differentia quam tradunt Bart. & Pau. & cęteri *in l. seruum filij §. fi. infra de legat. 1.* qui tex. semper ad id allegatur, ꝙ in legatis tacitis dominium ipso iure nõ transferatut, sicut in expressis. Nam nec ille tex. nec iura à doctoribus allegata ꝓbat saltem mihi. Sed hoc & plura in ista materia scribere, quandoq; Deus dabit.

5 ¶ Vltimo † noto secundum Bald. hic quod quando pactum sit inter absentes requiritur medium organum tanquam quædam copulatio consensuum. vt est epistola vel nuncius: tacitum verò pactum inter absentes non requirit medium organum *vt. l. 2. C. de pact. & l. solutum §. vnde si domum infra de pign. act. l. qui ad certum. infra locati.* Sed de his supra *in l. 1. in prin.* in fina. verbis latè satis diximus, pronunc ẽt considero, quod ista organa non sunt essentialia ad pactum, sed sunt essentialia ad expressionem. Nam ad pactum expressum requiritur quod expri-

exprimatur aut literis aut verbis, aut nuncio, & ista expressio nihil aliud est quam probatio de eo quod agitur *vt l. Labeo de suppe. le. & l. non figura. de act. & ob. l. contrahitur. de pig. l. in re hypotheca de fi. instr.* ¶ Simili modo in pacto tacito, siue inter absentes, siue inter præsentes, cõsideratur aliq̃ mediũ ex quo ꝓbetur pactũ vt in isto tex. nam ad præsumẽdũ pactũ necesse est q̃ debitori reddatur cautiõis instrumentũ; & ex hoc elicimus, eum consentire, quod non petet & hoc videmus quod fit inter præsentes, item inter absentes, *vt in d. l. qui ad certum.* Nam ibi ex *b* patientia consensus ꝓbatur. si ergo patior, & taceo. & colonus cõmoretur vltra tẽpus locationis: ex tali patientia prę sumitur domini consensus: & ex facto coloni i. quia commoratur censetur vterque cõsentire, & ista sunt media ad probandum consensum. *vt ibi text. sentit. ita eodem modo in l. 2. de pact. idem est in l. item quia infra eo.* Nam ex promissione dotis elicitur matrimonij conditio & ex cõductione vrbanorum prędiorum tacitus consensus ad hypothecam inductorum & sic de alijs, cogita. ¶ Ex supradicto notabili infert Bal. duo singularia in materia donationis causa mortis, quæ non credo maximè hodierno iure vera, ideo vide quæ de his dicam in l. iuris gen. §. sed cum nulla. ¶ Tertium infert Bal. quod sit falsa glo. *l. non solum §. liberationis verba de libe. le.* quæ dicit quod pactũ inter absentes non interueniente medio organo parit exceptionem doli: sed pro ea pro nunc

b Patientia præsupponit consensum, vel consensus præsumitur ex Patientia.

nunc do tibi rationem: certum est quod exceptio doli est ex æquitate fundata, nam vbicunq; damus æquitatem naturalem, ibi dabimus illam exceptionem: *vt in l. 1. & l. qui æquitate infra eo.* Scilicet obseruare consensum ad liberationē suadet æquitas naturalis. *vt in c. de illis de spon. impu. & latè ostendebam in l. 1. in prin. su. eo.* ergo, dabitur exceptio doli. Item do tibi tex. expressum vbi sine conuentione duorum ex sola vnius voluntate datur exceptio doli. *vt l. si ego, si cer. pet. quem tex. Bal. nō vidit etiam in disputatione quam facit infra eo. in l. in duobus, vbi latè de hoc dicemus.*

SVMMARIVM.

1 *Liberatio præsumitur ex redditiōe instrumēti, aliter atq; ex redditiōe pignoris, & cur tā variè & nu. 3.*

2 *Obligationis ius an posit dici consistere in instrumento aut in chyrographo.*

4 *Instrumēto tibi reddito, in quo tu. & alius erati ob-ligati, an vterq; liberatus cēseatur, an verò videā-tur tibi donare actiones cōtra aliū cōpetantes, an potius ille alius remaneat adhuc mihi obligatus.*

5 *Instrumento debitori per creditorē tradito, ac rursus per debitorem creditori reddito, an creditor reponatur in pristinam obligationem.*

6 *Creditor habens plura instrumenta super eodem debito, an si reddat debitorum vnum ex illis instrumentis, censeatur remisisse debitum.*

7 *Testator cancellans quasdam tabellas, aliàs eiusdē tenoris cancellasse non videtur.*

8 *Creditor reddens debitori instrumentum debiti, cu*

ius ori-

ius originale extat adhuc apud notarium, an cẽseatur remisisse debitum.

9 *Debitor habens penes se instrumentum debiti cancellatum, si dicat se pacto liberatum, hoc ipsum probare debet.*

10 *Debitor qui est persona domestica creditoris, habens penes se instrumentum debiti cancellatum, an præsumatur illud subtraxisse.*

11 *Peccatum in dubio non præsumi.*

12 *Intellectus ad l. qui chyrographum. ff. de leg. 3.*

ED a ETIAM. Istum tex. cum l. seq. ita summo redditio cautiōis vel instrumenti obtinet vim pacti de non petendo. Sed pignoris redditio non probat etiam præsumptiuè debiti principalis remissionem: at contrario probato, cessant pręsumptiões. hoc dicũt ista duo iura: quæ diuide in quatuor partes secundũ Bal. hic. Primò dicit. Secundo infert. Tertiò in l. sequenti diuersum dicit in pignore. Quartò limitat prædicta. ¶ Quod tamẽ de prima parte dicit Bald. s. quod in ea reperitur, quod dictum fuerat, dic quod immo addit ad prins dicta, vt patet per verbum, b *Sed etiam*, quod implicat, & est ampliatiuũ: *vt in c. accusatus, in §. de quæst. de hære. libr. 6. & in c. ꝙ dicitur & ibi Abb. de verbo signi. de hoc sat dixi in l. præcedenti.*

a Textus florentini, habet & Ideo.

b Sed etiã dictiones implicant & simul etiam ampliatiuæ.

¶ Primo noto † quod per redditionem instrumẽti præsumitur liberatio. In pignore autẽ secùs, sed quæro de ratione diuersitatis (& 1

tunc

tunc intro glossam) respondeo secundum Marti. & Hugo. quia in cautione ius consisti obligationis in pignore vero non: & ideo qui dat cautionem, videtur remisisse ius: quæ ratio non habet locum in pignore. Sed Accursius cum Io. non tenet istam ratiõem, quia in cautione tantum consistit probatio iuris: non ius: *vt l. contrahitur de pig.* ideo ipsi formant aliam: quia redditum instrumentum non potest afferre aliam vtilitatem: affert istam: vt liberetur debitor, ne actus sit in vacuo. Nam agentes aliquid debent effectualiter agere: *vt l. si quando de lega. 1.* Sed in pignore reddito est vtilitas possessionis aut retentionis pignoris: vt scholaribus in libris pignori datis: *vt infra de precatio in l. certe §. fi. Hæc dicit glo. in prima parte quæ à Legistis hic & à canonistis alibi & maxime in c. Eccle-*
2 *sia Sancta Mariæ le secundo in fi. vt lite. pen. approbãtur.*
¶ Si tamen quis velit defendere Martini rationem: consideret quod forsan sua intentio non est dicere, quod in scriptura sit ipsa obligatio, Sed quando quis habet aliquod instrumentum ex quo sibi caueтur: ius totum, idest commoditas iuris stat in conseruatione illius instrumenti, vnde tale instrumentum appellatur, (Cautio) quasi eo sit cautum, & probatur hoc *ex l. qui chyrographum de lega. tertio.* vbi appellatione chyrographi non tabulæ tantùm ex quibus probatur: sed etiam ius quod in his probatur, comprehenditur. Ratio ergo Martini, iuris intentione probatur, quia etsi obligatio

Cautio quid.

Digitized by Google

gatio non insit tabulis: Inest tamen ius probationis & securitas partis: & ideo legatis tabulis etiam ius totum legatur, *vt ibi &. l. seruum. §. penul. &. l. huiusmodi. §. si ita. de lega. primo.* vnde qui dat talem securitatem retro: summa ratione creditur amplius non velle petere, & ista est vera sententia & ratio tex. istius, quam colliges ex mente tex. *l. fi. infra de his quod in testamento delentur.* vbi etiam si cancellatio fiat in tabulis, si tamen aliæ stant tabulę eiusdem tenoris, non creditur voluisse destruere testamentum: rationem subiungit: quia ex alijs probari potest testamentum, quasi dicat: cum sibi reseruauerit tabulas ex quibus adhuc testamẽtum probari potest, non creditur voluisse delere: ergo per eandem rationem quia totam cautionem reddit, videtur totam remittere. Nec obstat quod Paul. & Moderni in inferioribus dixerunt, illum tex. in cancellatione loqui. & sic in alio casu. verum est quod in alio casu loquatur, sed nõ loquitur diuersa ratione. Item melius hanc rationẽ colliges ex c. sane. de renunciatione. & ex d. c. Ecclesia Sanctæ Mariæ. vbi ad inducendum vel probandum quod quis renunciauit iuri suo: sat est quod resignet literas ex quibus suo iuri cauetur. ¶Sed in pignore etiam (si rectè consideretur) eadem ratio est: nam si reddo pignus, credo quod totum ius pignoris resoluitur: ad hoc facit optimè tex. *in c. Ecclesia Sancta Maria, supra alle.* vbi in obligatione pignoris loquitur, & reddito instrumento

G ius pi-

dubitandum, quia text.in ista lege. postquam dicit non resolui principale debitum,& sic vi- 2
detur de obligatione pignoris concedere: q̃ sit resoluta:nisi specialiter contrarium actum esse probetur,& non obstaret tex.*l.certè §.fi.su. al.* vbi cõmodum tantum Possessionis videtur cõcessum:nam ibi tex.loquitur in eo qui præcario rogauit: Secùs ergo in eo qui sine præcario habuit pignus, & hoc videtur de mẽte tex. & glo.*l.creditricem.C.de remis.pig.* Sed omnes istæ probationes sunt à contrario sensu. Vnde tenendo istam vulgarem rationem glossarum & doctorum bene sequitur, quod nõ resoluitur obligatio pignoris:cum redditum pignus, sat quo ad possessionem operetur. ad hoc etiam facit tex.*cum ex causa. C. de remis.pig.* vbi ad liberationem pignoris non sufficit illud reddere; Sed necesse est eo animo reddi, vt liberetur. *facit etiam tex.l.pe.infra in quibus cau.pig.vel hypo.cogita.* ¶ In ista parte glo. cum loquimur de instrumento reddito,necesse est ad hoc, vt præsumatur liberatio:quod probetur instrumentum redditum: quia ex ista redditione resultat Commu-
præsumptio *vt hic & l.vna §.ille autem de lati.li.tol. C.& ita intelligunt omnes doctores.* nis opinio.

¶ Sed tunc cum Bar. † quæro quod si reddi- 4
di instrumentum in quo tu & alius eratis mihi obligati Ful. & Bart. tenent te liberatum, & quo ad alium actiones tibi donatas. *arg. text. l. 1. C. de dona. l.si is qui duo in fi. de libera lega.* & facit textu. in ista lege postquam in

fine ibi. nisi specialiter contrarium actum esse probetur, quasi totum videatur donatum, nisi specialiter excipiatur *ita Bar. Alberi. & Ange.*
¶ Stat tamen in promptu argumentum, quia si alium effectum operari potest redditio: nõ præsumitur donatio secundum eosdem & secundum glossarum intellectum: quomodo ergo vltra liberationem vidẽtur donatæ actiones? & ista ratione Moder. contra eos tenẽt.
¶ Forsan tamen defendi posset Bart. considerando veram rationem ad istum tex. quam supra exposui: nam qui habet instrumentum contra debitores: in illo instrumento sibi cautum esse creditur: vnde dicitur, cautio quasi securitas sit iuris sui. Reddendo ergo illud videtur ius reddere, quod in eo habet: quia ratio quæ est in liberatiõe, eadem est in residuo: vnde vtrumque creditur velle. *facit text. l. qui chyrographum de leg. 3.* vbi qui chyrographum legãt, totum quod in eo continetur legare videtur. *facit tex. l. seruum §. per su. al. cum si.* ¶ Nec obstat quod iactare suum nemo præsumatur *vt l. cum de indebito.* nam in isto casu præsumptio est donationis per ista iura & per tex. nostrum: eò maximè, quod creditur, vt si eum tantum liberare voluisset, id expressisset: *vt in nostra lege in vl. par.* aut liberasset sine redditione instrumenti. & hæc esset securior via & cautior vtrique *vt l. pecuniæ de sol. C. & facit optimè in arg. l. 3. de lib. leg. post princ.* Ista omnia intellige in dubio, nam si possit probari quid actum sit, probationi

Digitized by Google

oni statur. *vt l. nostra.* nec obstat id, quod dicitur quod sufficit vt operetur liberationem tantum. ¶ Nam inspecta veritate ista non est ratio tex. nostri, sed est vel potest esse ratio legis postquam, cum de pignore loquitur: quia de vno iure ad aliud diuersum inferri non debet, cum sufficiat vt possessionis liberationem operetur: tamen in casu nostro non fit illatio ad ius diuersum. Immo ad id quod in instrumento æqualiter continetur. Vnde eadem ratio in vno quæ in alio, & hoc secundum sensum nostrum. Sed adhuc attento, intentu Bar. dico quod cum aliud operari potest non præsumitur donatio, vt ipse dicit, & sit verum: tamen dico quod ista ratio in isto casu locum habere non potest; quia præsumitur donatio liberationis: vnde ex textu nostro damus donatiõem præsumptam, nec hoc possumus negare. Sed eadem ratio quæ est in liberatione, est in reliquis contentis in eo instrumento. ergo donatio erit in toto iure, cogita. & vide. do. Abb. *in c. Ecclesia Sancta Maria, su. allegato in pe. col. in fi.* qui docebit causas præsumptionis ipsius donationis, inter quas forsan aliquid efficere potest causa liberationis, quæ est fauorabilior. teneas quod tibi ratione distinctius videtur.

¶ Vltra quærit Bar. quid si tu, cui instrumẽtum tradidi: mihi rursus retrò dedisti. Respõdet, quod ego reponor in pristinam obligationem *vt l. si vnus §. pactus & arg. leg. si verò non remunerandi §. inde Papianus infra mandati cum si. & hanc*

Communis opinio. *partem tenent, quasi omnes vt per Iaso. in §. exten.* Sed considero quod aut Bart. loquitur in casu in quo ex tacito pacto resoluitur prima obligatio, vt in obligationibus bonæ fidei, quæ ex consensu cõstant: & tunc ipsi & Moderni interpretantes, non videntur subtiliter loqui. ratio. quia ex primo tacito pacto extincta fuit obligatio: & ex secundo tacito non potest prima nasci, quæ iam extincta fuerat. sed si aliqua nascitur erit noua, vt poteris videre in eo. §. pactus. in ver. idem dicemus. vbi text. (non enim ex nouo pacto prior actio resuscitatur: sed ex nouo pacto noua actio nascitur. falsum ergo erit quod ad pristinam obligationem reponatnr. Cogitabis tamen quod si ex tacito pacto per redditionem instrumenti noua actio nascatur, eandem formam & substantialia habebit, quæ sunt in instrumento: quia illa repetita creduntur. Item noto quod in his cõtractibus non potest adaptari casus nostri tex. ratio, quia contractus, qui consensu contrahuntur tacito pacto vel expresso ipso iure resoluuntur. *vt in præallegato §. sed si tale. & l. ab emptione infra oo.* ergo non per exceptionem, *vt in tex. nostro & in eo. §. pactus, ne peteret:* ostendam ꝙ in talibus contractibus non habet locum exceptio pacti ad elidendam obligationem: itaq; secundum hoc malè extendunt tex. nostrũ Moderni. ¶ Vt Bar. loquitur in terminis tex. s. in obligationibus, quæ pacto non resoluuntur. & in his etiam nõ subtiliter loquitur: quia per

per pactum primum non tollitur prima obligatio: quia semper obligatus manet ipse debitor, etsi competat exceptio, *vt in eodem §. pactus,* Vnde ex secundo pacto non reponitur in primam obligationem, cum semper fuerit in ea: s; dabitur replicatio vt in eodem *§. pactus.* Sed aliquis ingenio subtili dicet: ꝙ reponitur in pristinam obligationẽ naturalẽ, quia illa fuit sublata per tacitũ pactũ, *vt notatur in d. §. pactus.* Fateamur ꝙ illa sit sublata. sed ideo, quia sublata est, nõ potest resuscitari, vt in su. alle. ver. idẽ dicem⁹ & poteris colligere arg. expressũ in naturali obligatiõe ex glo. ibidẽ in verbo totã.

¶ Item quæro cum Bar. quid si de eodem debito extant plura instrumẽta. & vnum reddiderit creditor debitori. respõdet Bar. ꝙ liberatur: quia vnum est instrumentũ pluribus chartis: prout dicitur de testamento. *vt l. vnum testamentũ infra de testa.* Sed considera ꝙ ratio nostri text. videtur deficere. nam ideo qui reddit instrumentũ præsumitur liberare voluisse, quia sibi cautũ est & securũ ex eo: sed si habet plures tabulas, & si quasdam dederit: aliæ remanent, ex quibus si cauet: ergo nõ præsumit donatio: nã si donare voluisset, vtrasq; daret. Itẽ ad hoc facit tex. † *l. si infra de his quæ in test. delẽ.* vbi si testa- 7
tor ex pluribus tabulis quasdam cancellauerit: non propterea alias eiusdem tenoris, cancellasse vel testamentum rupisse videtur. Ratio est quia quasdam reliquit ex quibus testamentũ ꝓbari potuit: eadã est ergo ratio in nostro.

tex. & ideo Fulgo. per illum tex. mouebatur, Nec obest quod Morder. dicunt, esse casum diuersum, quia etsi casus diuersus, eadem tamen est ratio. Ad arg. Bart. potest responderi, quo in pluribus chartis vnum est testamentũ: prout est quid intellectuale: patet quia est voluntatis sententia, qui vna est in pluribus chartis eiusdem tenoris. vnde infertur ad practicã:

Statutum. si Statutũ diceret quod ex quolibet testamento soluatur tabella &c. Aliud est quãdo testamentum assumitur pro illis characteribus, & illis tabulis. nam tunc plura sunt testamenta, vt si Statutũ diceret quod Tabellio ex quolibet testamento scripto accipiat tot nummos. *ita declarat Bar. cum glo. in l. 1 in fi. infra de testa. ad propositum.* ergo instrumentum potest considerari pro modo probandi: vt appellatur quodlibet ex quo causa instruitur. *vt l. fi. de fide instru. infra.* & tunc nõ dicetur vnum in pluribus. Aut cõsideratur ius instrumenti. s. ipsa cautio quæ est iuris: & tunc fateor quod est vna in pluribus, & secundum hoc approbatur ab eisdem doctoribus intellectus Martini & Hug. ¶ Responderi tamen potest eodem modo, retorquendo: quia si vnum est in pluribus insolidum. sequiritur quod non est redditum: Probatur quia creditor retinuit vnum, & verum est non reddidisse illud. Facit optimè prædicta lex fi. vbi quibusdam tabulis ruptis: non rumpitur testamentum: quia aliæ remanent: in quibus stat testamentum. ¶ Restant tamen

duæ

Digitized by Google

duæ dubitationes. Prima, quod secundum rationem superiorem sequitur quod si creditor possit testibus[c] probare debitum: nõ obstante instrumento reddito audiretur. patet quia cessat ratio quare præsumatur donare quod est contra tex. *l. mortis causa §. titia su. alle. & l. 3. de libe. leg. in princ.* † Item quod si instrumentum originale sit apud notarium, non videbitur donare, nel liberare, quod est contra doctorum opiniõem vt latè hic per Moder. in quarta ampliatione. Respondeo quod non cessat ratio, quia etsi creditor habeat testes: tamen cum fecerit instrumentum. cautiùs sibi actum est ad perpetuam rei memoriam: & ideo instrumentum appellatur cautio. vnde si id reddiderit, creditur remisisse: nec obstat doctorum opinio de instrumento apud notarium. nam aliud est quod reddiderit totam cautionem quam habet apud se: quia tunc secundũ eos videtur remittere, etiamsi apud notarium sit originale. Aliud est quod totum, quod habet, non reddiderit: nam tunc difficile est credere eum donare voluisse. Quid tamen dicetur, quia secundum hoc nihil operabitur redditio. Respondeo quod probatur non habere locum dispositionem tex. istius. quia cessat ratio, cum sibi retinuerit probationem. id ergo operabitur quod probatum fuerit actum esse *vt l. nostra in fi. & in d. l. fi.* cogita, quia omnes in ista materia coniecturatè loquimur.

[c] Contra præsumptionem enim, quæ ex redditione instrumẽti oritur admittitur probatio, quæ vehementior est præsumptione.

8

¶ Venio ad secundam partem glossæ, quæ

loquitur de cancellatione in qua secundum Bart. ita distingue. Aut debitor qui habet instrumentũ cancellatum, allegat se pacto liberatũ, & debet probare sibi redditũ instrumentum vt in isto tex. & dicit Abb. *in d. c. Ecclesia Sancta Maria. in fin.* quod præsumitur subtraxisse si non probat. Aut allegat se solutione liberatũ, & tunc si erat debitor persona domestica, quæ verisimiliter posset instrumẽtum subtrahere, solutio facta non præsumitur. Aut non erat talis persona domestica, & præsumitur liberatus solutione, *vt leg. qui chyrographum infra de proba. & l. fullo sarcinatur in fi infra de furtis.* Sed inquit Bar. quod talis præsumptio non facit deferri iuramentum: quia est leuis *d per no. in l. 3. §. 2. infra de minoribus*, hæc sunt quæ Barto. dicit.

9 † Primò ergo noto, quod debitor, etiamsi habeat instrumentum cancellatum, si tamen dicat se pacto liberatum, debet id probare, vt puta per redditionem instrumenti, *vt in nostro tex. ita glo. & Bart. & quasi omnes.* Ratio quia qui allegat se pacto liberatum, allegat donationem, quæ non præsumitur *vt l. cum de indebito de probat infra.* vnde necesse est quod talis presumptio ipsa probatione redditionis tollatur: *ita declarat Abb. vbi supra. & Moderni hic in fine.* Id tamen quod subiungit, quod si nõ probat, præsumetnr surripuisse, ergo non percipio, quare ex eo, quod non præsumatur donatio, præsumi debeat furtum, cum & si non sit donatio: bene potest esse, quod non sit furtum, vt puta solu-

d Iuramentum suppletiuum non defertur vbi tantum leuis est præsumptio. Communis opinio.

Digitized by Google

solutione vel aliter. Eò magis quod diffici-
lius debet præsumi furtum quam donatio.
vt in c. estote misericordes. de reg. iuris. extra. nam si
non præsumimus pro donatione, nec pro
furto. & odiosius est furtum præsumere. *vt in*
regula odia. de reg. iur. li. vi. ¶ Secundo, † noto ꝙ si 10
persona sit domestica quæ habet instrumen-
tum cancellatum: non præsumitur liberata.
& pręsumitur subtraxisse, *per tex. in l. vna. §. ille*
autem. de la. li. tol. C. Sed credo ꝙ tex, ille, non
probat intentum: immo contrarium probare
videtur, nam pręsupponit ille §. quod antiqui-
ori iure serui probabant, libertatem ex tabu-
lis seruitutis cancellatis: aut sibi redditis. Pro-
uidetur tamen hodierno iure: vt talis redditio
vel cancellatio debeat fieri coram quinq; te-
stibus: aliàs non valeat: ne detur occasio ma-
lignandi: & ne furentur tabulas. Considero
ergo quod ille casus est specialis: probatur:
quia si haberet locum vniuersaliter in omni
domestica persona, sequeretur quod dome-
stica persona non posset probare liberatio-
nem duobus testibus, quod falsum est, & et-
iam contra doctorum intentionem: & tenu-
it ibi Accursius esse speciale duas sentiens
causas .s. conditionem vilem seruorum &
grauitatem causæ status. Item tenet gloss. *in d.*
l. si chyrographum. vbi ergo istæ causæ locum nõ
habent: nec casus specialis locum habebit.
In casu igitur nostro remanet dispositio an-
tiqua, quæ non mutatur. vt l. præcipimus.

C. de

C.de app. & ſic tex. ille videtur probare contrarium: cũ etiam in domeſticis perſonis ſentiat, alijs caſibus ius commune ſeruari. Sed forſan Bart. gloſſa & cæteri ſaluari poſſent, quod ibi duo diſponuntur. ſ. quod nec cancellationis aut redditionis præſumptioni credatur, & ſic quod ceſſet præſumptio: Item quod in tali actu cancellationis vel redditionis debeant interuenire quinque teſtes. Ad primum ergo nihil facit grauitas cauſæ vel conditio ſeruorum, ſed ad ſecũdum. Sed adhuc replicari poſſet, quod non eſt bona cõſequentia: ad ſecundum operatur grauitas cauſæ & conditio ſeruorum. Ergo ad primum nihil efficit: cum in primo & ſecundo caſu, inſit eadem cauſa & conditio. Item nota quod non dicit tex. quod præſumitur furtum in domeſtica perſona: ſed id etiam in ſeruis diſponit, vt tollat occaſionẽ malignandi, & furandi. non tamen ſequitur præſumi furtum. nam etiam caſtiſſimæ fœminæ diſtrahẽdæ ſunt à cætu virorum & officijs ſecularibus, vt occaſio delinquendi tollatur. *vt l. 1. §. ſexum infra de poſtu. & in c. mulieres. de iudi. lib. 6.* non tamen ex hoc ſequitur in eis præſumi
11 adulterium. Immo ius † non præſumit in dubio peccatum *vt in c. eſtote miſericordes. de reg. iuris.* nec à iure præſumitur mendacium. *vt l. Labeo. §. idem Tubero. ff. de ſup. leg.* Concludo ergo quod text. ille iſta non probat: etſi aliunde probari forſan poſſint. ¶ Tertio noto quod & ſi debitor eò quod habet chyrographum cancella-

Præſumptio.

tum

tum præſumatur liberatus, iſta præſumptio non facit plenam probationem *ſecundum gloſſ. in fi.* & ſecūdum Bar. eſt leuis, itaque nō defertur iuramentum parti, *vt notat glo. in d. l. 3. §. 2. infra de minoribus.* ¶ Miror de illa glo. † & de Bart. 12
qui improbè intellexit. l. qui chyrographum. nam text. eſt ibi quod etiam probato debito, abſoluitur reus ſi oſtendam inſtrumentum canncellatum, quia præſumitur liberatus. Ecce vides quod non ſolum eſt præſumptio, ſed eſt talis præſumptio quod debito probato, abſoluitur. Intantum quod non eſt neceſſe deferre iuramentum. *tex eſt ibi.* Sed dices, quomodo eſt, quæ præſumptio poteſt magis quam ꝓbatio? Rèſpondeo, quòd circa diuerſa verſantur. nam probatur debitum: & præſumitur ſolutum: & ſolutio non negat ipſum debitum. Notandum tamen quod ſi vltra præſumptionem creditur probat ſibi adhuc debitnm, & cancellationem non eſſe factam ex ipſa ſolutione: tuuc deſtruitur præſumptio. *ita eſt text. ſingularis. in d. l. qui chyrographum.* In ſecunda parte: & tunc certum eſt quod non defertur iuramentum præſumptione iam deſtructa, quia aduerſarius plenè manifeſtè probat, *vt in d. l. qui chypographum.* nam hæc ita eſt *e* effiicax præſumptio quod non tollitur niſi manifeſta ꝓbatione. ita eſt tex. ibi: & cum ſemel probatur contra præſumptionem, verum eſt nō deferri: tamen glo. *in d. l. 3.* in iſto caſu non loquitur vt ibi videri poteſt. Melius enim intellexit glo. *in d. §.*

e Præſumptio quando probatione contraria eliditur.

Digitized by Google

109

tibi probo, quod ista præsumptio destruit aliā præsumptionem. nam quilibet præsumitur non iactare suum: *vt in d. l. cum de indebito:* sed cū reddit cautionem deletur ista præsumptio. ergo nō quælibet præsumptio delet istam, immo ista delet alias. Cogita tamen, quod si habetur aliqua alia præsumptio ex qua præsumatur aliud esse actum: tunc concurrunt duæ præsumptiones, vna de qua in d. l. cum de indebito. altera erit illa qua præsupponimus: vnde etsi præsumptio liberationis vincat vnam: duas tamen non poterit: immo illa erit victa à duabus, & sic loqtur Bal. & cæteri. Hoc tamen noto quod si glossæ allegatio est vera. s. de l. si chyrographum: manifesta requiritur probatio. & si tex. noster tantum simpliciter probationem exigat & manifestam intellige expressam *vt in l. est differentia infra in qui cau. pig.* **Præsumptiones Duæ vincunt vnā.**

SVMMARIVM.

1 *Consensus taciti & expreßi eandem esse virtutem.*

2 *Hypotheca tacita an & in quibus differat ab expressa & num. sequen. & num. 6.*

4 *Intellectus ad l. est differentia. ff. in quibus causis pig. vel hypot. tacit. contrahi.*

5 *Debitor seruum Manumittere non poteſt in fraudē creditoris generalem hypothecam expressam vel tacitam habentis.*

7 *Hypothecam tacitam, quam locator habet in bonis inductis à conductore in domum conductam, oriri ex consensu.*

8 *Indefinita in iure æquipollet vniuersali.*

9 *Vrbanū prædiū quid dicatur & nu. 11.* 10 In-

Digitized by

29 Com-

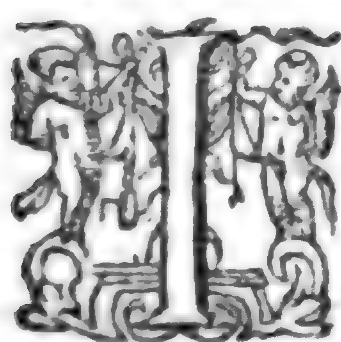
Digitized by Google

29 *Compromissum duas stipulationes continere solet, & quales.*

30 *Stipulatio pœnalis qua cōmittitur ex mora, nunquam censetur cōmissa, quando stipulator potest repelli exceptione.*

33 *Stipulatio interposita super executione alterius cōtractus vel sententiæ non cōmittitur, quamdiu obstat exceptio aduersus executionem.*

34 *Intellectus ad l. quæro §. inter locatorem. ff. loca.*



TEM QVIA. Iste tex. vsq; ad §. idē Iuliano. Præsupposita quadam ratione facit ex ea tres illatiōnes: vt vides in tex. hoc continet in summa Inuecta & Illata per conductorem in prædia vrbana sunt tacitè propēsione obligata & Mutus pacisci potest. Item promissio dotis habet tacitam matrimonij cōditionem, hæc dicit. ¶ Primo † nota ex intentione huius l. quod eadem est virtus Consensus taciti & expressi, quia si verum est consensisse: expressio vel taciturnitas nihil ad essentiam consensus efficit: ratio est, quia expressio est probatio. *vt l. Labeo. de supe. le.* & probatio nihil ponit in esse *vt l. contrahitur infra de pig. l. non figura de ac. & ob. infra.* vnde cum cōsensus sit ipsius animi: verba nihil ad consensum efficiunt, vltra probationem. Sed adhuc probatio verborum non est necessaria nec in veritate concludens: nam etiamsi verbis dicat se consentire: potest esse quod non consenserit 1

vt in c. tua nos. de spon. extra. Vnde quoad ipsam veritatẽ naturæ, vel quo ad Deum illa expressio non probat consensum: patet ergo, quod expressio non est de essentia conuentionis, vel ipsius consensus. Idcircò hac retenta ratione, plures differentias, quæ vulgò inter tacitum consensum & expressum traduntur, iudicabis inanes: nam aliquæ eorum non sunt ex eo, ꝙ inter tacitum consensum & expressum sit differentia. Sed quia tacetur non censetur consensus: *de quibus plenè in l. non nunquam de condi. & de. & l. hæc verba de leg. 1. infra.*

¶ Sed quo ad præpositum nostræ materiæ dantur duæ differentiæ: vna est, quod expressa hypotheca impedit liberam alienationem: nam si res pignori obligatæ alienantur: transeunt cum onere suo. *vt l. si debitor. C. de distrahe. pignor.* secùs est in nostra tacita hypotheca, quia non transferuntur cum illa obligatione, nisi post inclusionem, idest, postquam retinuerit dominus bona hypothecæ obligata: ita allegatur tex. *in l. est differentia infra in quibus cau. pig. vel hy. ta con.* vbi dicitur: Neruam Iuriscõsultum derisum fuisse: quia crediderat seruos post inclusionem per fenestram posse liberari. hanc differentiam ponit hic Ang. ∫3. Marti. Lauden. vt referunt hic Moderni in 2. limi. dicebat quod ille tex. loquebatur fauore libertatis in casu speciali. Vnde credebat, ꝙ ꝑ generalitatem illius tex. *in d. l. si debitor.* etiam hypothecata tacitè transferebantur cum onere

nere suo. Ipse tñ fatetur durum esse recedere ab Angeli opinione. At Moderni hic dicunt quod est durum, quod prædicta lex. est differentia, loquatur tantum in manumissione fauore libertatis: & si posuerit exemplum in libertate: quia generaliter loquitur, & exempla non arctant regulam *l. 1. §. Labeo. de aqua plu. arcen.* Sed ne sequatur absurdum, quod istæ tacitæ hypothecæ: de quibus in l. nostra. redderentur sine effectu & inanes: ideo debemus in casu speciali intelligere *& ad hoc allegant tex. l. licet eo. tit. quibus mod. pig. vel hyp.* Sed semper sunt dubij ipsi Moderni, vt videre poteris eosdem in §. item Seruiana in 12. col. insti. de act. & credunt, multùm & diù cogitando. ¶Cõsidero tamen † quod nulla est differentia inter tacitam hypothecam & expressam. Item falsum est, quod tex. in d. l. est differentia, loquatur in casu speciali tacitæ hypothecæ magis quàm expressæ, & falsius quod talis fauor versetur libertatis. Sed verum est, quod in libertate est speciale: vt fauore libertatis possit res sine onere liberari à tacita hypotheca, & etiam ab expressa: nec durum quicquam aut absurdum in his esse ego verbis breuibus ostendam. Primò quod nulla sit differentia, facit lex nostra. vbi eiusdem effectus debet esse ista hypotheca tacita. *item facit prædicta lex si creditor. & lex res. C. de remiss. pign. & C. de pignoribus. l. qui debitorem. cum pluribus similibus.* vbi iura cantant, quod hypothecæ

3

transſeunt cum ipſa re, & non eſt facienda diſtinctio vbi ad diſtinguendum. ratio non ſuadet: eò magis quod eadem ratio in vtroq; caſu verſatur ne creditoris, ſ. ius ex alienatione diminuatur. Iſta ergo eadem eſt in tacita, quæ eſt in expreſſa hypotheca. Item facit ratio tex. *l. 1. infra de alie. mutan. iudi cau. facta.* vbi omnibus modis procõſul id agit, ne cuius deterior cau-
4 ſa ex alienatione fiat. ¶Non obſtat †lex eſt differentia. In prima parte. vbi eſt differentia inter iſtam tacitam hypothecam & expreſſam. Et idem dicit tex. *in prædicta l. licet eo. tit.* tamen intelligo & declaro iſtam differentiam, quia eſt inter hypothecam ſpecialem & expreſſam: & hypothecam tacitã & generalem. nam quando domus locatur, omnia inducta & illata pignori eſſe creduntur, *ita tex. noſter. ita lex. eo iure infra in quibus cau. pig. & l. certi iuris. C. locati.* itaq; iſta hypotheca non ſolum eſt tacita ſed etiam generalis ad omnia inducta. Pono ergo pares terminos. & ſic hypothecam generalem expreſſam, & tũc idem inuenio in expreſſa generali, quod inuenio in tacita generali. nam fauore libertatis hoc introductum eſt, vt non obſtãte hypotheca generali expreſſa poſſit manumitti ſeruus. ita eſt tex. ſing, *in l. ab eo. de ſeruo pig. da. ma. C.* Ergo paribus terminis nulla differentia, vnde illa differentia de qua in l. eſt differentia: eſt in diſpari termino, & ita facit ꝙ tenet glo. in eadem. l. licet. vbi dicit quod eadẽ cauſa eſt in hypotheca generali etiam expreſſa: ſed

sa:sed ista est generalis & tacita:ergo nulla differentia. Hinc intelligo tex. in d.l. est differentia, quod illa differentia non causatur ideo, quia conuentio sit tacita: sed ideo, quia est generalis, quæ differt in hoc ab hypotheca speciali.

¶ Sed oppono contra superiora de eadem l. est differētia, vbi si serui sunt inclusi propter pensionem: non possunt manumitti. & tamen text. loquitur in casu libertatis, & non constituit specialitatem: propter hoc credo dominus Iaso. titubabat. Sed respondeo. quod est casus specialis, vt manumitti possit seruus in domum conductā inductus: & in hoc versatur specialitas: si tamen postea dominus seruos ꝓpter pensionem incluserit & retinuerit non possunt manumitti: ita loqtur ibi tex. Forsan huius ratio esse potest, quia in fraudem videtur manumitti, quando post inclusionem manumittit inquilinus. Vnde etiā in tacita † hy- 5
potheca generali, vel in expressa generali, in fraudem non permittitur manumissio *vt l. libertas de Seruo pig. da. ma.* C. Vel forsan potest esse ratio vrgens, quia post inclusionem vel retentionē seruorum ipsa generalis hypotheca verificatur in retentis: & fit specialis *arg. notatorum in c. ex parte de offi. dele. & l. si duo Stichus. de lega 1. & Bar. in l. quæsitum infra de fundo instru.* Si ergo est specialis impedit libertatem *vt l. libertas supra alle. & in d.l. est differentia.* Sed de his rationibus nil affirmo, sufficit nobis ita dispositum. Vnde

6 ad clariorem intelligētiam ita distingue. † Aut hypotheca est specialis & transit specialiter cum suo onere: aut est generalis, siue sit tacita siue expressa: & tunc aut ante inclusionem, & transit cum suo onere, nisi in casu manumissionis. *vt §. et & l. est differentia. & l. ab eo. su. all.* aut post inclusionem: & tunc nullum est speciale libertatis. *vt in d. l. est differentia. in fi.* immo versatur regula vera, quod impediat alienationem ipsa tacita hypotheca. Et sic vides quod nulla sit differentia inter tacitam & expressam. ¶ Aliam differentiam assignat ipse Iason *in d. §. item Seruiana in fi. illius in 12. col. cum seq.* s. quod dominus domus conductæ potest facta inclusione illa bona propria auctoritate auferre: si Inquilinus morosus fuerit in soluendo. *vt l. inquilino & l. seq. fi. de dam. infe.* Secùs est in alijs hypothecis expressis. Immo si propria auctoritate quis auferret rem obligatam: ius crediti amitteret. *vt l. extat. quod metus causa & l. pe. C. de pig. ac.* ¶ Notandum vero est, quod ista differentia non est de tacita hypotheca. ad expressam; sed est differentiā quæ constituitur inter hanc hypothecam inductorum in prædia locata, & alias hypothecas, patet, nam pone quod expressè obligaret quis inducta in prædium: certum est, quod potest facere retentionem & auferre: ergo non constituitur differentia de tacito ad expressum.

7 ¶ Secundo noto ex tex. † quod ista tacita hypotheca oritur ex consensu: *Ita notat hic Bal. facit tex.*

Digitized by Google

cit tex. l. eo iure infra quibus modis pig. vel hyp. ta.con. facit lex solutum. §. solutã. infra de pig. ac. facit lex licet. & lex est differentia su. proximo all. vbi in omnibus istis iuribus intelligitur iste consensus, & ipsa præsumptione iuris: quia ius pręsumit contrahẽtes id agere tempore locationis: vt inducta in prædia vrbana pignori esse censeantur. & Bal. *in d. l. certi iuris.* fatetur, ꝙ ista tacita hypotheca est ex præsumptione iuris & ex præsumpto consensu. vnde mala, credo, sit expositio gloss. *in l. si. C. in quib. cau. pig.* vbi dicitur quod ista iusta præsumptione in vtraq; Roma vtendum est: & gl. exponit iusta præsumptione, id est, iusto statuto vel ordinatione: parcat Accursius: quia intensius considerando tex. intelligit iuris pręsumptionem, quam iustam appellat & ideo prouinciales, dicit, vti debere. ¶ Hinc etiã pungi potest sol. quam dat Bar. *in l. si in lege §. si colonus.* vbi sentit ꝙ ista tacita hypotheca non est ex conuentione, ꝙ est contra tex. nostrum: & contra superiora. nam etsi tacita est, est tamen conuentio quæ ex consensu elicitur saltem præsumpto: vnde malè eum videntur approbare Moderni in prima limitatiõe tex. nostri. Dubito an corruptè Bar. scribatur. inquit ipse, quod *in l. solutum §. solutam.* tacitè datur hypotheca, hîc ex cõuentione. ita ipse Itaq; sentit ꝙ in dicta l. solutum §. solutam. non datur ex cõuentione, tñ falsum est, quia eodem modo datur, quo in l. nostra. vt inferius ostẽdam: ergo ex conuentione datur.

Iusta præsumptio quæ.

GLOSSARVM Interpretatio.

¶ Venio ad glo. Glossa prima laborat circa illationem à tex. factam, prout laborauit glo. *in l. superiori. in verbo* & ideo Bal. ibi soluit faciliter. nam etsi ex Particularibus non fiat illatio *vt in c. in genesi. de elec. in medio.* tamen hic † ponitur indefinita: quæ prout in materia naturali apud philosophos æquipollet vniuersali: ita etiam in iure nostro apud iurisconsultos. quia in ipsa ratione naturali ius versatur. *vt poteris videre latè, in c. vt circa de elec. lib. 6. vbi notatur.* vnde quia tacitè cōueutiones valent, valebit & ista, quia est tacita conuentio. Sed debes notare ꝙ minorem propositionem præsupponit text. nec mirum. nam simile inuenies. *in l. 1. si certum petatur.* vbi Iureconsultus omisit maiorem. vt ibi Bart. in 3. colum. infert ad pulchras quæstiones.

¶ Item si circa illationem velis tenere alium intellectum, ego colligo ex intentione text. istius, quod ideo facit illationem: quia nihil impedit ad faciendum eam, posito enim quod ad inducendam tacitam hypothecam ex tacito consensu ineſt ratio. dicit text. quia iam diximus conuenire posse tacitè & expressè. ideo in isto casu, nihil impedit, vt nō possit esse cōuentio, & ad istum intellectum, facit tex. maximè ibi secundum hoc & Mutus pacisci potest: Illationis ergo vis stat an tacitè possit conuenire: sed potest: ergo valet ista tacita conuentio.

Digitized by Google

tio.cum de iure possit tacitè conueniri. Facit quod dicitur *in l. stipulatio §. alteri infra de verbo. oblig.* vbi alteri facta stipulatio,ideo dicunt docentes,quod valet.quia nil impedit,vt non valeat nec lex resistit. Sed semper debes id præsupponere quod ista est tacita couentio aliunde quam ex text. nostro. vt in intellectu Bald dicebam.

¶ Gloss. secunda in verbo vrbanis. limitat istum text.quod ista tacita hypotheca non est in inductis in prædia rustica, *vt in l.hoc iure infra in quibus cau.pig.vel hyp.* Sed istam limitationem sublimitat quod si dominus sciuerit ea quæ inducta fuerunt, tunc ex illa scientia etiam in prædijs rusticis inducta & illata pignori obligantur *tex.est in l.certi iuris C.locati hæc dicit glo.*

¶ Ad huius gl.& tex.† nostri intellellectum primò videndum est, quid sit vrbanum prædium. Respondeo cum lege vrbana prædia. de verb. sig. vbi tex.dicit, quod vrbana prædia sunt quælibet ędificia siue in vrbe siue in rure posita & constructa,nam Stabula & Metitoria sunt vrbana prædia, quia non locus sed materia vrbanum prædium facit. *idem probatur l. vrbana familia & l fundi.eo. tit.& l.1.infra communia prædiorū idem insti.de serui vrb.præ.§.pe.* Itaq; quodlibet ædificium ideo vrbanum prædium erit, quia ædificium: nō quia in vrbe positum.hinc intelliges,quod notat glo.*in §.Seruiana.& glo.in l.emptore. C. locati & Bald.in d.l.certi iuris in 2.col.* quod inquilinus in ciuitate, colonus in rure facti

frequentiã non iuris ſubſtantiã demonſtrant:
10 quia † quo ad ius Inquilinus poteſt eſſe in rure,
& Colonus in ciuitate, prout dicimus ꝙ vrba-
num prædium poteſt eſſe extra vrbem & ru-
ſticum in vrbe: quia cultura facit Colonum &
habitatio ædificiorũ ipſum Inquilinum: prout
dicimus materia ædificij vrbanum prædium.
Sed contra iſtam declarationem videtur text.
expreſſus *in l. hoc iure §. ſtabula. infra in quib. cau. pig.
vel hypo.* vbi ſtabula quæ non ſunt in continen-
tibus ædificijs dicit tex. ꝙ ſine dubio non ſunt
vrbana: Reſpondit ibi glo. ꝙ tex. l. vrbana prę-
dia. loquitur de ſtabulis quæ ſunt iuncta cum
ædificijs & l. eo iure. loquitur de ſtabulis quæ
non ſunt iuncta cum ædificijs, ſed ſtant ſepa-
rata. vel ꝙ in vno caſu gratia habitãdi fuerunt
facta in alio non. vel ꝙ in vno accipitur vrba-
num pro cõtentis in vrbe tantum: in alio pro
ædificijs ſiue intra vrbem ſiue extra. hæc dicũt
gloſſæ. ¶ Scilicet video ꝙ rationi iurium non
ſatisfaciunt reſponſiones, quia ſi vrbanum di-
citur ratione ædificij, ſtabulum ẽt per ſe erit
vrbanũ, quia per ſe eſt ędificiũ. Item cum dicit
glo. ꝙ in prædicto §. ſtabula. non erat locus fa-
ctus ad habitandũ, quomodo eſt hoc poſſibi-
le: nam loquitur tex. in caſu, quo poteſt cõpe-
tere hypotheca pro habitatione, ergo pręſup-
ponitur habitatio. ideo glo. fingit. ¶ Tertia ſo-
lutio adhuc eſt peior, ꝙ iurecõſultus ſit cõtra-
rius alijs iurib⁹, quia etiam in l. vrbana familia.
ſu. alle. dicitur ꝙ vrbana prædia non loco, ſed
genere

Digitized by Google

genere distinguntur.& alibi.*l.si prædium.de præd. minorum.*C.quod vrbana non loco,sed qualitate distinguntur. ¶ Ideo ego considero,q̄ non 11
solum materia ædificij cõsideratur, vt vrbana censeantur prædia: Sed ēt q̄ illud ædificiū nō sit dedicatū ministerio ruris, & ad necessitatē culturæ, vt est ager cū ædificio qui fundus dicitū:*vt l.fundi appellatione,de verbo.sig.* Hinc intelliges tex.l.2.infra fini.reg. vbi hoc clarè constat. Et hoc etiam ꝓbatur in prædicta l. vrbana familia.vbi hortus in ædificijs cõstitutus, dicitur esse vrbanus. vnde in illo casu loquitur prædicta lex eo iure §. stabula.s.quando stabula non erant in continentibus ædificijs, sed de per se; nam dubitabitur cū ista principaliter non sint ad ministeriū aliorū ædificiorum, nec ad ruris ministeriū:sed in eis venditur vinum & necessaria ad viatores,vnde institutores earū,stabularij appellātur. ideo dubitabatur an sit computandū tale stabulum, inter rustica,an inter vrbana: & determinatur q̄ sine dubio est rusticū,cum à cæteris ædificijs sit separatū. ¶ Tamen ad istum intellectum, & contra text. obstat,quia si principaliter non est ruri constitutum, aut culturæ: nec vrbi principaliter, nec continentibus ædificijs principaliter. ergo debet considerari de per se: sed de per se est ædificium, ergo vrbanum. Item de per se non facit locus rusticum nec vrbanum. quomodo ergo est possibile, quod sine dubio sit rusticum & non vrbanum. ¶ Ideo ego consi-

considerabam tex. illum non rectè hucusque enucleatũ. nam creditor vulgò quod ille text. indubitanter non esse prædium vrbanum determinat: tamẽ tanquam dubitabile indeterminatum relinquit. Et primò præsuppono quod intellectus communis vel quilibet eorum superioribus obstat, vt supra ostẽdi. Præsuppono etiam, quod ibidem iurisconsultus sibi contradiceret, & vt Melius intelligas scribo verba textu. Stabula quæ non sunt in continentibus ædificijs: quorum prædiorum eo numero habenda sunt, dubitari potest: & quidem vrbanorum sine dubio non sunt: cum à cæteris ædificijs seperata sunt: ꝙ ad causam tamen talis taciti pingnoris pertinet: nõ multùm ab vrbanis prædijs differunt: Hæc dixit Neratius Iurecconsultus. Attende ergo verba text. quia omnia sunt ipsius Iurisconsulti. Et primò dixit dubitabilæ esse: & postea dixit sine dubio a esse, & sic non solum alia iura

a Hoc diuerso respectu verum esse potest, nã de stabulis simpliciter dubitari potest, an sint inter vrbana prædia, an vero inter Rustica, nam non solum ad Equorum iumentorumque stationem stabulum paratum est, vt in *l.* 13. *in fine ff. de vsuris l.* 1. §. *caupones l.* 5. & *vlt. in fin. ff. naut. caup. stabul.* Sed etiam ad hominum mansionem constitutum est diuersorium. *l.* 1. *in fin. ff fust aduers. naut. caupon.* vnde stabulum rectè à Theophilo πανδοχεῖον vertitur *in* §. *penult. Instit. de oblig. qua quasi ex del. nas.* si itaque stabulum separatum sit ab ædificiis continentibus, & extra vrbem, certum est inter rustica prædia computari, extra vrbana enim stabula magis iumentorum quam hominum recipiendorum causa comparata sunt, si tamen quod vel rarò, vel ex necessitate fieri solet, homines illic hospitio recepti sunt, inuecta & illata hoc casu speciali, stabulario tacitò obligata erunt. ita interpretor illum § stabula. d. legis eo iure, cui conuenit l vrbana 198 ff. de ver. signific. in qua lege notanda est dictio (Plurimum) nam vt locu s vrbanus à rustico distinguatur, consideratur frequentior eius vsus.

Digitized by Google

iura confundit ſed ſe ipſum. Ideo legas quod ſtabula non ſint vrbana ſine dubio, quaſi dicat dubitabile eſſe, prout priùs dixerat, nõ autem eſt intelligendum, quod ſine dubio non ſunt vrbana: quaſi nullum ſit dubium, quia in hoc ſibi contradiceret, & ratio dubitationis erat, quia à cæteris ędificijs ſunt ſepatata. Verum eſt quod ſecundum vulgi & gloſſarum opinionem iſta eſt deciſionis ratio: quia poſt deciſionem ſtarim ponitur. ¶ Sed ego tibi oſtendo ꝙ hoc eſt falſum, quia ſecundum hoc ex iſta ratione determinatur ſine dubio & indubitanter. Sed in propoſitione quæſtionis eadem fuit adiecta ratio, & diciture ſſe dubitabile vt patet ex verbis. Stabula quæ non ſunt in continentibus ædificijs &c. Ergo eadem ratio eſſet ad dubitandum & ad indubitabile, quod mihi eſt abſurdum. Ideo dicas quod eſt dubitationis ratio. Dicet tamen quiſque eſſe turpe Iuriſconſulto proponere quæſtionem eandẽq; indeciſam omittere. Reſpondeo quod inquantu'm facit ad titulum bene determinat. vt vides in tex. Item vt noſtram cõſiderationem, forſan veram iudices conſidera, quod communi conſtructura iudicatur quod ſtabula indubitanter nõ ſunt vrbana, ſed erunt ruſtica, ſed tex. in fine dicit quod quo ad cauſam taciti pignoris, ſunt vrbana & ita quo ad titulum indicat contrarium: tamen ad talem contrarietatem nulla inuenietur ratio. Ideo dicendum eſt quod nulla eſt contraria diſpoſitio. Sed Iurecon-

reconsultus vniuersaliter noluit determinare: determinauit tamen quo ad casum tituli. & ideo dictio (*Tamen*) posita in tex. aduersatur ad dubium, non ad determinationem: cogita & nostra ne despicias antequam ea intelligas.

13 ¶ Ex his inferri potest quod molendinum sit vrbanum prædium, q. a ædificium, *vt in dicta l. vrbana & in §. 2. Instit. de seruit. vrb. præ.* idem de Furno si fundo nō cohæreat, maximè vbi domus furnariæ sunt de per se, etiam in rure, vt in Hispania sæpè vidi, quod est contra Bal. *in l. certi con. 12. col. supra alleg.*

¶ Ex his ergo collige quod tex. noster in omni ædificio locum habebit, quia ædificia vrbana censentur. Secùs tamen in rusticis, q. a in his non habet locum tacita hypotheca, vt glo. nostra notat. Sed operepræcium est videre, quæ est diuersitatis ratio.

14 ¶ Glossa in d. §. † item Seruiana, dicit quod ratio est: quia Inquilini interest ne bona sua publicentur, ideo in his statutum est, vt bona tacitè sint hypothecata. nec requiritur q̄ sciantur bona ad istam hypothecam: sed in rusticis cessat ista ratio, quia sancta quidem rusticitas omnia palàm habet. hanc rationem confirmat Bar. *in l. eo iure. in prin. supra alleg. & allegat tex. l. 2. §. 1. quibus quarta pars hære. lib. 10. C.* cuius verba formalia referunt Moder. *in d. §. item Seruiana in 5. colu. vbi de hoc in Bald. in l. certi iuris in princ.*

Digitized by Google

princ. Item ex ista ratione plura inferuntur de
quibus ibi per Moder. ¶ Tamen ista ratio non
multùm congruit, quia vt videmus in glo. no-
stra à principio in vrbanis prædijs tacita hypo-
theca introducitur & in rusticis non: vnde hu-
ius ratio est quærenda, & considerare, quod in
vrbanis decet non sciri res adductas: hoc ma-
gis facit vt ista non censeatur, tacita conuen-
tio, quam vt sit tacita conuentio. quia ad con-
uentionem ignorantia officit. *vt l. si per errorem
de iuris. om. iud.* Præterea vt Moderni referunt,
quod si rustici interesset, vt bona sua non pan-
dantur & è conuerso, quod si esset amicus vel
cõsanguineus, cuius omnia scio, & in domum
à me locatam induceret bona sua. Itaque ista
ratio non videtur concludens. Præterea ego
allego. eundem tex. *in d. l. 2. §. 1. quibus quar. pa.* vbi
text. dicit quod durum & inhumanum est de-
tegere & publicare quodlibet patrimonium,
siue pauperis siue diuitis. quia † paupertatis v- 15
tilitas[6] non debet manifestari, nec diuitiæ: cũ
ex his inuidiæ occasio nascatur. Ecce ergo q̃
ita tex. considerat paupertatem, quæ est apud
rusticos, sicut diuitias quæ sunt apud ciues, &
vtrumque non decere, vt manifestetur, dicit.
Nec curandum est, quod non loquatur in ru-
sticis, cum eadem sit in hoc ratio. Sed de his
non curo, cum verum sit, q̃ in alio stat differẽ-
tia, & alia est diuersitatis rõ, & ꝑ nunc, quam-
uis † plura ad partes probare possem, vt feci 16
in disputatione, quam de his sustinui: dicendũ
est

6 Addo quid paupertas prodest istis casibus? quia primò excusat à mulcta 2. pœna arbitraria. Bal. in l. acceptam C. de vsur. Spe. in tit. de sent. §. 2. versi. est 2. quarta. Reliquos casus vide ibidem.

est quod ista tacita hypotheca est introducta á lege ex tacito consensu, à iure præsumpto, vt patet hîc, sed in rusticis ista tacita hypotheca non habet locum: ratio est, quia generalis obligatio etiam expressa nunquam comprehendit ea, quæ ad agriculturam cõueniunt, vt sunt boues, aratra, & ligones, &c. *vt l. pignorum gratia. C. quæ res pig. obli. pos.* Facit lex executores. & auctem. *agricultores. eo. titu.* vbi istæ res tanquam sanctæ obligationibus generalibus iuris non subijciuntur, nimirum ergo si isti tacitè hypothecæ à iuris præsumptione traditæ non subijciantur, & de reseruatione eorum quæ ad agriculturam pertinent, vide prædictam auct. agricultores. & auct. vnde sumitur: vbi pulchra notabis. Facit quod inquit Mar. Tul. in lib. 1. Rheto. Nihil est agricultura melius nullaq; res vtilior fructibus aridis, qui sine colonorum labore nõ proueniunt. Item ipse Bart. *in l. executores.* dicit quod etiam expressa conuentione ista obligari non pñt. & allegat ibi gloss. quam ego non video. Sed etiamsi tacita conuentio à iure non præsumatur. vt dixi tamen si expressè conueniatur in casu locatiõis, vt inuecta & illata pignori sint. Isto casu oritur obligatio *ita est tex. in l. debitor infra de pignori-*
17 *bus cum si.* † Secùs tamen in tacita, quia ius non præsumitur. ¶ Vnde ego infero terribilem conclusionem, quod etiamsi dominus sciat inducta in prędia rustica, non propterea obligãtur: ratio est, quia eadem ratio, est siue sciat, siue

siue ignoret. Præterea ego tibi ostendo à causa,& quæro, quando & quomodo causatur ista tacita hypotheca. Respondeo? quod tempore locationis ius præsumit, ita inter locatorem & conductorem actum esse, vt inducta propter pensionem sint obligata, *ita superius ego ostendebam per tex. nostrum cum si. & clarus est tex. in leg. eo* iure. su. al. vbi dicit pignori esse, quasi id tacitè conuenerit. ¶ Ista ergò tacita præsumptio non est in rusticis à principio tēpore locationis, ita probatur in eadem. leg. eo iure. ibi in rusticis contra obseruatur. Sed si ista tacita conuentio non est ab initio, posteà sola scientia domini non potest esse conuentio. nam ad conuentionem duo requiruntur *vt § conuentionis supra l. i.* Sic itaq; manca & sine ratione videtur ista tacita præsumptio. *arg. tex. l. cum filius fa. infra. si cer. per. & l. non est verisimile.* & eorum quæ ibi notantur, infra. quod metus caussa. Item in nostro tex. videmus, quod in ista tacita hypotheca non curatur de scientia particulari: sed voluntate vniuersali ad obligationem inductorum. Præterea pono, quod ego scio, quod induxisti tres seruos ad arandum & ad agriculturam: si ex ista scientia oritur tacita hypotheca, talis tacita hypotheca est particularis, vnde impediret seruorū manumissionem. *vt. l. libertas. C. de seruo pig. da. ma.* sed hoc est falsum *per tex. l. licet & l. est differentia. Infra. in quibus cau. pig. vel hypo.* Vnde non est dicendum, quod ex scientia tacita hypotheca

naſcat͂.& ſi dicas quod tex. l. eſt differentia. lo-
10 quitur in tacita hypotheca ſiue ſpeciali, ſiue generali, hoc nihil eſt, vt in prin. huius. l. oſtẽdebam: nam nulla eſt in hoc differentia inter tacitã & expreſſam. vt ibi. Præterea quod iſta ſit veritas, coniecturatè poteſt probari: nam iura quæ loquuntur in hypotheca inductorũ ad prædia ruſtica, ſemper notant expreſſam conuentionem *vt. l. debitor. infra de pign. l. i. per totam. l. infra de ſaluiano interdicto. & l. ij. eo. tit. l. ſi in lege. §. ſi colonus. infra de locato l. ſi non inducta. C. in quibus cauſis pig. vel hypo. ta. contra in verbo placuerat. l. potior. §. ſi colonus. infra qui po. in pig. hab. cum pluribus alijs.* ſed ſi tacita ineſſet conuentio, non curaſſent de expreſſa. ¶ Non obſtat tex. *l. certi iuris.* ob cuius timorem iam eſt in vulgus & paſſim doctrina redacta: quod ſi dominus ſcierit, inducta obligantur. Sed tex. ille non probat: & nota, quod loquitur, in prima parte in ruſticis, et in ſecunda in vrbanis, & in prima voluntate dominorum inducta fuerũt, & ſic duorum cõuentione expreſſa: & in hoc nihil obſtat, imo ſentit ipſam veritatem, quã iura alia ſentiũt, quod requiritur expreſſa voluntas dominorum. ſ. domini ipſius fundi & coloni, qui eſt dominus inductorum. ¶ Secunda pars dicit, quod quando domus locatur, non eſt neceſſaria ſcientia domini, vt inducta obligentur. à qua ſumunt argumentum. ergo quãdo locatur fundus, ſcientia domini eſt neceſſaria: quod videtur fatendum: etſi

ſit

fit à contratio sensu. Ego tamen negarem consequentiam, quam vltrà faciunt, quod ex sola scientia domini inducta obligentur in prædijs rusticis. non enim est bona consequẽtia: scientia requiritur. ergo illa sola sufficit. Nã vides quod in eodem text. scientia domini q̄rit̃ ex arg. tacito, à cõtrario sensu inducto: & cõuẽtio expressa dominorũ req̄rit̃ ex verbis expressis in prima parte tex. Item ꝙ induci volũtate dominorũ accipiat̃ ꝓ cõuẽtiõe expressa dominorũ do tibi Marcel. iuris cõsultũ *in le. si gratuitã. in 2. respon. infra in quib. cau. pig. vel hypo.* qui his terminis ꝓ expressa cõuẽtione vtit̃. Et ita r̃ndebã cũ Senis publicè disputarẽ: nã magnificus dominus Alex. de Petrucio, vir summæ auctoritatis, stringebat me, dicens: quod lex certi iuris. ponit voluntatem dominorum necessariam ad hoc, vt inducantur: non tamen ponit voluntatem expressam ad conuentionem. Ego tunc eidem doctori respondebam, quod voluntate dominorum induci, accipitur pro conuentione expressa dominorum, probabam per productã. leg. si gratuitam. vbi loquitur text. in casu quo expressa conuentio requiritur, & tamen vtitur his terminis. ¶ Vnde secundum sensum doctorum, si argumen. à contrario sensu valet: dicendum est, quod in rusticis prædijs non solum req̄rit̃ expressa conuentio: sed ẽt specifica sciẽtia inductorũ, ꝑ tex. in d. l. certi iuris. ꝙ mihi videtur durum & cõtra tex. *in d. l. debitor cũ si.*

infra de pigno. vbi valet generalis conuentio omnium inducẽdorum. vnde dici poteſt quod tale arg. à contrario ſenſu nullo modo ſit ſumendum. Sed in hoc cogita. Item quod ſcientia aſſumatur pro conſenſu, facit lex. in totum. infra de reg. iur. & ita bene aduerſatur ſecunda pars primæ parti. ſ. quando autem domus locatur non eſt neceſſaria ſcientia. i. voluntas. & intellige: expreſſa per ſupra dicta. Ex his intellige. *l. in prædijs. infra à quibus cau. pig.* quod in prædijs ruſticis tacitè ſolum fructus intelliguntur obligati. alia autẽ inducta, expreſsè ſi obligentur. Item ex his vides quod glo. noſtra cum alijs pluribus glo. & doctorum confirmationibus redditur dubitabilis, in eo quod dicunt, vt ex ſcientia domini inducta & illata cenſeantur obligata. ¶Vltra glo. ad veram iſtius. l. & ſuperiorum intelligentiam optimè hic dicitur, ꝙ iſta tacita cõuentio oritur ex tacito cõſenſu. contra de. l. ſolutũ, & §. ſolutã infra de pig. act. vbi bona inducta ꝑ ſecundũ cõductorẽ, cum quo primus locator nunquam contraxit: ſunt tacitè obligata eidem. Iſta ergo tacita conuentio non poteſt eſſe ex conſenſu. ideo ibi Paul. dicebat, quod iſta tacita hypotheca erat ex conuentione ficta & ita tenent ibi gloſſæ. ¶Sed ego credo quod lex illa non rectè exponitur, quia ibi duæ ſunt conuentiones & cum domino ædium non fingitur ſecundum conductorẽ contraxiſſe etſi gloſſæ & doct. id teneant. Et primò

Digitized by Google

mò considero quod cum ego loco tibi domũ: tacita conuentio est, vt bona quæ induxeris sint pignori obligata: & ista tacita hypotheca se extendit etiam ad nomen secundi conductoris: itaque si tu domum meam vel partem eius alteri locaueris etiam bona que ipse induxerit pro parte sua sint mihi obligata. Hac est ergo prima tacita conuentio. ¶ Alia est tacita conuentio inter primum conductorem & secundum.s. quia partem domus alteri locasti. nam inter te & ipsum est tacita conuentio, vt ipse obligetur & bona sint tacitè hypothecata ad pensionis solutionem. Hæc est veritas ad illum tex. quam ostendo ex se & ostẽdendo falsitatẽ glossę. Primò de secunda conuentione probatur, quia si vltimus conductor soluat domino ædium pensionem pro parte sua: potest agere pignoratitia contra primũ, ita est tex. ibi in verbo: aduersus te potero experiri. ergo pignoris obligatio erat inter istos duos conductores. Secundò probatur in verbo: non enim credibile est hoc conuenisse, vt ad vniuersam pensionem insulæ friuola mea teneantur. Ecce quod tex. à præsumptione iudicat, non ergo à fictione, vt notatur *in l. non est verisimile. infra quod metus causa.* Si enim ista conuentio esset inter dominum & secundum cõductorem, necessariò esset ficta, quia verè non interfuit aliquis contractus inter eos. ¶ Prima verò conuentio probatur in versic. vnde si domum. nam infert ex superioribus

bus, cum docuerit quod soluta pecunia intelligitur, etiamsi alius voluntate mea soluerit. vnde si domum conduxeris & eius partem mihi locaueris, & ego domino soluero partem meam, videor voluntate tua soluere: & sic cōuentione priori. Secundò & melius probatur in fi. in versic. videtur, & cum domino ædium hoc conuenisse, vt non pactio cœnacularij proficiat domino, sed sua propria. Pondera dictionem: & cum domino: quia implicat quasi sentiat duas esse conuentiones, quarum vna fuit cum domino. ¶ Sed intelligit Paulus & glo. quod ista conuentio cum domino, est inter dominū & cœnacularium, id est, secundum conductorem, quasi sit quædam tacita & ficta conuentio: tamen talis interpretatio non est bona, per verba sequentia (vt non pactio cœnacularij proficiat domino sed sua propria.) nam pactio cœenacularij distinguitur à sua propria. ergo sua propria conuentio non est conuentio cœnacularij, & sic non conuenit ipse cum cenaculario. Est ergo sensus quod domino proficiat sua conuentio quam fecit cum primo locatore, s. vt omnia bona inducta siue à se, siue ab alio locatore, essent sibi obligata. Vnde mala ratione indicat gloss. in verbo conuenisse. quod cum cœnacularius cōuenerit cum domino ædium potest ei soluere, etiam inuito primo locatore, à quo ipse conduxit. nam ista non est bona ratio, vt supra: & adhuc textu.

con-

Digitized by Google

contrariã rationẽ ſentit in verbo, vnde quia infert ex ſuperioribus, quod ideo dicitur ſoluere poſſe, quia voluntate eius ſoluere videtur, de dicto tamen, niſi, de ratione nihil aſſirmo. ¶ Hinc etiam infero quod malè reprehendit Bar. ipſum Petrum *ibi in 2. col. in medio.* ſentiens textum communi errore. & ideo nota, quod plura quæ in illo text. docentur, hoc intellecto, redduntur dubitabilia. ¶ Hinc tertiò deſpicienda eſt prima limitatio quam reddunt Moderni in noſtro text. in prin. quod tacita hypotheca non habet locum in inductis à ſecundo locatore: quod eſt falſum & contra text. *in d. §. ſolutam.* & contra Bar. & Paul. ibi, & ſi Ludo. Ro. tenuerit contrarium, nec aliquid facit tex. *l. ſi in lege. §. ſi colonus. infra locati.* quia in ruſticis loquitur, in quibus etiam à primo locatore in vecta non ſunt tacitè hypothecata: vt *l. eo iurc. infra in quib. cau. pig.* & ita ſoluit glo. & Bart. *in. d. §. ſolutam.* ¶ Item oppono † hic dicitur iſta, tacita hypotheca oritur ex conſenſu: contra: nam ignoranti quæritur, vt puta ſi inducantur te abſente. Reſpondeo quod iſta eſt tacita conuentio, quæ habet conditionẽ in ſe. ſ. ſi inducta fuerit: vnde conditio bñ poteſt impleri, me ignorante: tamen non cenſetur obligatio quæſita ignoranti, quia retroducitur conditio. *lege qui balneum. & lege potior. qui potiores in pignoribus* habeantur infra. cautè tamen hoc intelligo ad iſtum effectum, vt ſcienti dicatur 21

 acqui-

reconsultus vniuersaliter noluit determinare : determinauit tamen quo ad casum tituli. & ideo dictio (*Tamen*) posita in tex. aduersatur ad dubium, non ad determinationem : cogita & nostra ne despicias antequam ea intelligas.

13 ¶ Ex his inferri potest quod molendinum sit vrbanum prædium, q. a ædificium, *vt in dicta l. vrbana & in §. 2. Instit. de seruit. vrb. præ.* idem de Furno si fundo nō cohæreat, maximè vbi domus furnariæ sunt de per se, etiam in rure, vt in Hispania sæpè vidi, quod est contra Bal. *in l. certi con. 12. col. supra alleg.*

¶ Ex his ergo collige quod tex. noster in omni ædificio locum habebit, quia ædificia vrbana censentur. Secus tamen in rusticis, q. a in his non habet locum tacita hypotheca, vt glo. nostra notat. Sed operepræcium est videre, quæ est diuersitatis ratio.

14 ¶ Glossa in d. §. † item Seruiana, dicit quod ratio est : quia Inquilini interest ne bona sua publicentur, ideo in his statutum est, vt bona tacitè sint hypothecata. nec requiritur q̃ sciantur bona ad istam hypothecam : sed in rusticis cessat ista ratio, quia sancta quidem rusticitas omnia palàm habet. hanc rationem confirmat Bar. *in l. eo iure. in prin. supra alleg. & allegat tex. l. 2. §. 1. quibus quarta pars hære. lib. 10.* C. cuius verba formalia referunt Moder. *in d. §. item Seruiana in 5. colu. vbi de hoc in Bald. in l. certi iuris in princ.*

Digitized by Google

princ. Item ex ista ratione plura inferuntur de quibus ibi per Moder. ¶ Tamen ista ratio non multùm congruit, quia vt videmus in glo. nostra à principio in vrbanis prædijs tacita hypotheca introducitur & in rusticis non: vnde huius ratio est quærenda, & considerare, quod in vrbanis decet non sciri res adductas: hoc magis facit vt ista non censeatur, tacita conuentio, quam vt sit tacita conuentio. quia ad conuentionem ignorantia officit. *vt l. si per errorem de iuris.om. iud.* Præterea vt Moderni referunt, quod si rustici interesset, vt bona sua non pandantur & è conuerso, quod si esset amicus vel cõsanguineus, cuius omnia scio, & in domum à me locatam induceret bona sua. Itaque ista ratio non videtur concludens. Præterea ego allego. eundem tex. *in d. l. 2. §. 1. quibus quar. pa.* vbi text. dicit quod durum & inhumanum est detegere & publicare quodlibet patrimonium, siue pauperis siue diuitis. quia † paupertatis vtilitas[b] non debet manifestari, nec diuitiæ: cũ ex his inuidiæ occasio nascatur. Ecce ergo ꝙ ita tex. considerat paupertatem, quæ est apud rusticos, sicut diuitias quæ sunt apud ciues, & vtrumque non decere, vt manifestetur, dicit. Nec curandum est, quod non loquatur in rusticis, cum eadem sit in hoc ratio. Sed de his non curo, cum verum sit, ꝙ in alio stat differẽtia, & alia est diuersitatis rõ, & ꝓ nunc, quamuis † plura ad partes probare possem, vt feci 16
in disputatione, quam de his sustinui: dicendũ est

b Addo quid paupertas prodest istis casibus: quia primò excusat à mulcta 2. pœna rbitraria. Bal. in l. acceptam C. de vsur. Spe. in tit. de sent. §. 2. versi. 15 est 2. quarta. Reliquos casus vide ibidem.

est quod ista tacita hypotheca est introducta á lege ex tacito consensu, à iure præsumpto, vt patet hîc, sed in rusticis ista tacita hypotheca non habet locum: ratio est, quia generalis obligatio etiam expressa nunquam comprehendit ea, quæ ad agriculturam cõueniunt, vt sunt boues, aratra, & ligones, &c. *vt l. pignorum gratia. C. quæ res pig. obli. pos.* Facit lex executores. & auctem. *agricultores. eo. titu.* vbi istæ res tanquam sanctæ obligationibus generalibus iuris non subijciuntur, nimirum ergo si isti tacitè hypothecæ ã iuris præsumptione traditæ non subijciantur, & de reseruatione eorum quæ ad agriculturam pertinent, vide prædictam auct. agricultores. & auct. vnde sumitur: vbi pulchra notabis. Facit quod inquit Mar. Tul. in lib. 1. Rheto. Nihil est agricultura melius nullaq; res vtilior fructibus aridis, qui sine colonorum labore nõ proueniunt. Item ipse Bart. *in l. executores.* dicit quod etiam expressa conuentione ista obligari non pñt. & allegat ibi gloss. quam ego non video. Sed etiamsi tacita conuentio à iure non præsumatur. vt dixi tamen si expressè conueniatur in casu locatiõis, vt inuecta & illata pignori sint. Isto casu oritur obligatio *ita est tex. in l. debitor infra de pignori-*
17 *bus cum si.* † Secùs tamen in tacita, quia ius non præsumitur. ¶ Vnde ego infero terribilem conclusionem, quod etiamsi dominus sciat inducta in prędia rustica, non propterea obligãtur: ratio est, quia eadem ratio, est siue sciat, siue

siue ignoret. Præterea ego tibi ostendo à causa, & quæro, quando & quomodo causatur ista tacita hypotheca. Respondeo? quod tempore locationis ius præsumit, ita inter locatorem & conductorem actum esse, vt inducta propter pensionem sint obligata, *ita superius ego ostendebam per tex. nostrum cum si. & clarus est tex. in leg. eo* iure. su. al. vbi dicit pignori esse, quasi id tacitè conuenerit. ¶ Ista ergò tacita præsumptio non est in rusticis à principio tẽpore locationis, ita probatur in eadem. leg. eo iure. ibi in rusticis contra obseruatur. Sed si ista tacita conuentio non est ab initio, posteà sola scientia domini non potest esse conuentio. nam ad conuentionem duo requiruntur *vt, § conuentionis supra l. i.* Sic itaq; manca & sine ratione videtur ista tacita præsumptio. *arg. tex. l. cum filius fa. infra. si cer. per. & l. non est verisimile.* & eorum quæ ibi notantur, infra. quod metus caussa. Item iu nostro rex. videmus, quod in ista tacita hypotheca non curatur de scientia particulari: sed voluntate vniuersali ad obligationem inductorum. Præterea pono, quod ego scio, quod induxisti tres seruos ad arandum & ad agriculturam: si ex ista scientia oritur tacita hypotheca, talis tacita hypotheca est particularis, vnde impediret seruorũ manumissionem. *vt. l. libertas. C. de seruo pig. da. ma.* sed hoc est falsum *per tex. l. licet & l. est differentia. Infra. in quibus cau. pig. vel hypo.* Vnde non est dicendum, quod ex scientia tacita hypotheca

naſcat̃.& ſi dicas quod tex. l. eſt differentia. lo-
10 quitur in tacita hypotheca ſiue ſpeciali, ſiue generali, hoc nihil eſt, vt in prin. huius. l. oſtẽdebam: nam nulla eſt in hoc differentia inter tacitã & expreſſam. vt ibi. Præterea quod iſta ſit veritas, coniecturatè poteſt probari: nam iura quæ loquuntur in hypotheca inductorũ ad prædia ruſtica, ſemper notant expreſſam conuentionem *vt. l. debitor. infra de pign. l. i. per totam. l. infra de ſaluiano interdicto. & l. ij. eo. tit. l. ſi in lege. §. ſi colonus. infra de locato l. ſi non inducta. C. in quibus cauſis pig. vel hypo. ta. contra in verbo placuerat. l. potior. §. ſi colonus. infra qui po. in pig. hab. cum pluribus alijs.* ſed ſi tacita ineſſet conuentio, non curaſſent de expreſſa. ¶ Non obſtat tex. *l. certi iuris.* ob cuius timorem iam eſt in vulgus & paſſim doctrina redacta: quod ſi dominus ſcierit, inducta obligantur. Sed tex. ille non probat: & nota, quod loquitur, in prima parte in ruſticis, et in ſecunda in vrbanis, & in prima voluntate dominorum inducta fuerũt, & ſic duorum cõuentione expreſſa: & in hoc nihil obſtat, imo ſentit ipſam veritatem, quã iura alia ſentiũt, quod requiritur expreſſa voluntas dominorum. ſ. domini ipſius fundi & coloni, qui eſt dominus inductorum. ¶ Secunda pars dicit, quod quando domus locatur, non eſt neceſſaria ſcientia domini, vt inducta obligentur. à qua ſumunt argumentum. ergo quãdo locatur fundus, ſcientia domini eſt neceſſaria: quod videtur fatendum: etſi

ſit

Digitized by Google

sit à contratio sensu. Ego tamen negarem consequentiam, quam vltrà faciunt, quod ex sola scientia domini inducta obligentur in prædijs rusticis. non enim est bona consequẽtia: scientia requiritur. ergo illa sola sufficit. Nã vides quod in eodem text. scientia domini q̃rit̃ ex arg. tacito, à cõtrario sensu inducto: & cõuẽtio expressa dominorũ req̃rit̃ ex verbis expressis in prima parte tex. Item ꝙ induci volũtate dominorũ accipiat̃ ꝓ cõuẽtiõe expressa dominorũ do tibi Marcel. iuris cõsultũ *in le. si gratuitã. in 2. respon. infra in quib. cau. pig. vel hypo.* qui his terminis ꝓ expressa cõuẽtione vtit̃. Et ita rñdebã cũ Senis publicè disputarẽ: nã magnificus dominus Alex. de Petrucio, vir summæ auctoritatis, stringebat me, dicens: quod lex certi iuris. ponit voluntatem dominorum necessariam ad hoc, vt inducantur: non tamen ponit voluntatem expressam ad conuentionem. Ego tunc eidem doctori respondebam, quod voluntate dominorum induci, accipitur pro conuentione expressa dominorum, probabam per productã. leg. si gratuitam. vbi loquitur text. in casu quo expressa conuentio requiritur, & tamen vtitur his terminis. ¶ Vnde secundum sensum doctorum, si argumen. à contrario sensu valet: dicendum est, quod in rusticis prædijs non solum req̃rit̃ expressa conuentio: sed ẽt specifica sciẽtia inductorũ, ꝑ tex. in d. l. certi iuris. ꝙ mihi videtur durum & cõtra tex. *in d. l. debitor cũ si.*

infra de pigno. vbi valet generalis conuentio omnium inducẽdorum. vnde dici poteſt quod tale arg. à contrario ſenſu nullo modo ſit ſumendum. Sed in hoc cogita. Item quod ſcientia aſſumatur pro conſenſu, facit lex. in totum. infra de reg. iur. & ita bene aduerſatur ſecunda pars primæ parti. ſ. quando autem domus locatur non eſt neceſſaria ſcientia. i. voluntas. & intellige: expreſſa per ſupra dicta. Ex his intellige. *l. in prædijs. infra à quibus cau. pig.* quod in prædijs ruſticis tacitè ſolum fructus intelliguntur obligati. alia autẽ inducta, expreſsè ſi obligentur. Item ex his vides quod glo. noſtra cum alijs pluribus glo. & doctorum confirmationibus redditur dubitabilis, in eo quod dicunt, vt ex ſcientia domini inducta & illata cenſeantur obligata. ¶ Vltra glo. ad veram iſtius. l. & ſuperiorum intelligentiam optimè hic dicitur, ꝙ iſta tacita cõuentio oritur ex tacito cõſenſu. contra de. l. ſolutũ, & §. ſolutã infra de pig. act. vbi bona inducta ꝑ ſecundũ cõductorẽ, cum quo primus locator nunquam contraxit: ſunt tacitè obligata eidem. Iſta ergo tacita conuentio non poteſt eſſe ex conſenſu. ideo ibi Paul. dicebat, quod iſta tacita hypotheca erat ex conuentione ficta & ita tenent ibi gloſſæ. ¶ Sed ego credo quod lex illa non rectè exponitur, quia ibi duæ ſunt conuentiones & cum domino ædium non fingitur ſecundum conductorẽ contraxiſſe etſi gloſſæ & doct. id teneant. Et primò

mò considero quod cum ego loco tibi domũ tacita conuentio est, vt bona quæ induxeris sint pignori obligata: & ista tacita hypotheca se extendit etiam ad nomen secundi conductoris: itaque si tu domum meam vel partem eius alteri locaueris etiam bona que ipse induxerit pro parte sua sint mihi obligata. Hac est ergo prima tacita conuentio. ¶ Alia est tacita conuentio inter primum conductorem & secundum.s. quia partem domus alteri locasti. nam inter te & ipsum est tacita conuentio, vt ipse obligetur & bona sint tacitè hypothecata ad pensionis solutionem. Hæc est veritas ad illum tex. quam ostendo ex se & ostẽdendo falsitatẽ glossę. Primò de secunda conuentione probatur, quia si vltimus conductor soluat domino ædium pensionem pro parte sua: potest agere pignoratitia contra primũ, ita est tex. ibi in verbo: aduersus te potero experiri. ergo pignoris obligatio erat inter istos duos conductores. Secundò probatur in verbo: non enim credibile est hoc conuenisse, vt ad vniuersam pensionem insulæ friuola mea teneantur. Ecce quod tex. à præsumptione iudicat, non ergo à fictione, vt notatur *in l. non est verisimile. infra quod metus causa.* Si enim ista conuentio esset inter dominum & secundum cõductorem, necessariò esset ficta, quia verè non interfuit aliquis contractus inter eos. ¶ Prima verò conuentio probatur in versic. vnde si domum. nam infert ex superioribus

contrariã rationẽ ſentit in verbo, vnde quia infert ex ſuperioribus, quod ideo dicitur ſoluere poſſe, quia voluntate eius ſoluere videtur, de dicto tamen, niſi, de ratione nihil affirmo. ¶ Hinc etiam infero quod malè reprehendit Bar. ipſum Petrum *ibi in 2. col. in medio.* ſentiens textum communi errore. & ideo nota, quod plura quæ in illo text. docentur, hoc intellecto, redduntur dubitabilia. ¶ Hinc tertiò deſpicienda eſt prima limitatio quam reddunt Moderni in noſtro text. in prin. quod tacita hypotheca non habet locum in inductis à ſecundo locatore: quod eſt falſum & contta text. *in d. §. ſolutam.* & contra Bar. & Paul. ibi, & ſi Ludo. Ro. tenuerit contrarium, nec aliquid facit tex. *l. ſi in lege. §. ſi colonus. infra locati.* quia in ruſticis loquitur, in quibus etiam à primo locatore in vecta non ſunt tacitè hypothecata: vt *l. eo iure. infra in quib. cau. pig.* & ita ſoluit glo. & Bart. *in. d. §. ſolutam.* ¶ Item oppono † hic dicitur iſta, tacita hypotheca oritur ex conſenſu: contra: nam ignoranti quæritur, vt puta ſi inducantur te abſente. Reſpondeo quod iſta eſt tacita conuentio, quæ habet conditionẽ in ſe. ſ. ſi inducta fuerit: vnde conditio bñ poteſt impleri, me ignorante: tamen non cenſetur obligatio quæſita ignorãnti, quia retroducitur conditio. *lege qui balneum. & lege potior. qui potiores in pignoribus* habeantur infra. cautè tamen hoc intelligo ad iſtum effectum, vt ſcienti dicatur 21

acquiri: secùs ad prælationem iuris *vt glo. in d. l. potior. §. si colonus. in fi. gloss.* Et ita debuisset Bal. *in l. certi iuris. in prin. in prima op. C. locati* vbi inter ista iura facit differentiam indebitam.

GLOSSARVM Interpretatio.

¶ In glo. in verbo Illata. vide latissimè hic Modernos, & in d. §. Seruiana. & Bar. & Moder. *in l. si constante. in prin. sol. ma.* ¶ In glo. in verbo Mutus. oppone contra tex: quod mutus expresè possit pacisci. nam si annuat humeris vel capite vel alijs signis dicitur consentire & expresè contrahere *vt l. si stipuler. in fi. insi. a de verb. oblig.* vnde glo. supplet dictionem (maximè) quasi velit quod expresè & tacitè conuenire possit. ¶ Nota tamen quod hoc videtur contra intentionem istius tex. q a tex. cũ p̃supponat tacitè posse cõtrahi ex hoc infert mutum posse contrahere, ex quo sentit quod tacitè contrahere [c] dicitur, quando sine verbis contrahitur. item sentit mutus expresè non contrahit. nam si expresè posset, non ea ratione posset pacisci, q a tacitè cõuẽtiones fieri possunt. *facit quod dicitur in. l. Labeo. in fi. infra de supp. leg. & in l. 1. de his quæ in te. de. infra.* & si hoc velis tenere facile respondetur ad glo. al. nam ibi etiam, si quis ad verba non responderit, dicitur emptio vel locatio, & sic fateor q mutus emere possit & locare: nego tamen, q ex parte sua sit expressa cõuentio. nã sine expressione ex solo consensu potest constare

[c] **Tacitè contrahere quid.**

Digitized by Google

ſtare emptio vel locatio: & ad conſenſum non ſunt eſſentialia verba. *vt dicebam in legibus ſu. all. & eſt tex. in l. ſi ſtipuler.* cogita tamen quia Io. Faber *Inſti. de oblig. in 5. col. in princ. dicit,* d quod verbum dicitur, id quod corde percipitur: quod eructatur, eſt vox, vel ſonus: Sed conſidera q̃ à ſono vox differt tanquam ſpecies à genere. *vt in d. l. Labeo.* cætera quiſque conſideret. ¶ Item op. extra glo. *de l. ſi mulier infra de con. cau. da.* vbi ſi ad cauſam dotis accepto tulit pecuniam ipſa mulier: poſteà matrimonio non ſecuto, agit conditione ob cauſam: & ſic falſum videtur, quod hic dicitur, quod euaneſcit ſtipulatio: & & quod tacita conditio impedit natiuitatem obligationis, quod ſi verum fuiſſet, ibi non ageretur condictione ob cauſam, quia condictio ob cauſam, præſupponit obligationem validam fuiſſe. Huius timore Bar. ibi confeſſus eſt, quod ibi fuit actum inter partes, vt acceptilatio non haberet tacitam matrimonij conditionem, ſed Sali. Ro. & Pau. de ca. ibi dixerunt hunc intellectum fictitium. Ideo intelligunt quod ibi pecunia erat parata vnde videtur breui manu tranſlata. *vt l. ſi ſponſalibus infra de iure do.* & ad hoc ponderant text. in l. ſi mulier. in verbo (dare vellet pecuniam) dominus Alex. reprehēdit Sali. & cæteros in l. ſi quis accepto. eo. tit. & demum tenet contra Bart. Reſpondeo ad ponderationem quam faciunt, & miror, quod dominus Alex. eam præterierit, cum eam referat. & nota, quod non dicit text.

d Verbum quid.
Vox quid.

quod dare vellet pecuniam : sed quod cum dotem dare vellet : pecuniam quæ sibi debebatur acceptam fecit : itaque verbũ (pecuniam) referre debemus verbo (acceptã fecit.) Sed non prout ipsi faciunt ad verbum *(dare.)* Item etsi referatur ad verbum : *(vellet dare:)* non sequitur pecuniam esse paratam, quia verbum: *(vellet:)* est præteriti imperfecti subiũctiui : & sic non habet tempus determinatum, eò maximè, quod dotem dare volebat, & potuisset dare eam in rebus immobilibus, vel alijs quæ non poterant breui manu transferri, cum nõ constet esse in præsentia: itaque ipsi etiam fingunt, quod de Bar: finxisse dicunt. Item contra eos facit talis ratio : nam si acceptilatio habet tacitam conditionem : sequitur quod non existente conditione, est nulla: quia euanescit. *vt l. nostra.* ergo etiam cessat fictio translationis quæ fundabat̃ in eadẽ causa & ęquitate. Sed de hoc non curo. ¶ Sed omissis fictionibus Alex.
23 † & Bar. & aliorum, clarè pono illius l. intellectum, & dico quod ibi non potuit esse tacita conditio de qua in l. nostra. nam in matrimonio fuit acceptilatio facta. Probatur ex literis in cõtextu: si mulier ei cui nupta erat cum dotem dare vellet. &c. ecce quod ei volebat dare cui erat nupta, non autẽ cui erat nuptura. Vnde summa est differentia inter dotem & matrimonium: quia tunc inest tacita conditio ad natiuitatẽ obligationis, *vt hic & l. licet de iure do. infra cum si.* Sed si est ꝓmissio dotis matrimonij iam

iam contracti non impeditur ortus obligationis:ratio,quia conditio est præsens,quæ verè conditio non est, *vt l.cum ad præsens infra si cer. pet.* vbi conditio præsens non impedit obligationem. Sed si forsan matrimonium non fuerit constans, vt puta quia diuortio dato dissoluitur,tunc agitur condictione ob causam, quasi causa effectualiter non secuta,ita loquitur text.singularis *in d.l.si.mulier.* & ita intellige quod nupta erat, vt in illa lege legitur, & nuptiæ non sunt inde secutæ. idest,fuerunt separatæ. Et nota quod hæc solutio appobatur ex doctrina Bar.*in l.si diuortio.ff.de verb obligat. in fi. verbis.* † *Sed animaduertens occasionem* ex qua do- 24
ctores hæc non pensitauerint,quærebam codices antiquos,in quibus inueni legẽdum, ei cui nuptura erat. & eodem modo legitur in impressione Tolosana. Quæ si vera est,ego considero causam, quare in dote insit tacita conditio, scilicet, quia cum conferatur ad matrimonium, non est de intentione obligantis,se ante matrimonium obligare, vnde ista dicitur tacita conditio & conuentio. Ita colligitur ex mente Iurisconsulti in l. nostra. Sed istam tacitam voluntatem, & intentionem probabo cessare *in l.si mulier*,ergo & cessat conditio.Minorem probo ex verbis legis,quia ipsam dotem dare volebat,& loco dationis liberauit. Ergo erit intentio præsens, itaque liberatio eodem modo fuit facta ac si dedisset, Sed cum dedit statim competit conditio ob causam

Digitized by Google

causam vt l. qui se debere §. fi. & penul. eo. tit. ergo ita cum liberauit, & quod hoc sit verum, patet ex verbis sequentibus. quia ideo dicit pecuniam condici, quia nihil interest vtrum ex numeratione pecunia, an exceptilatione ad eum sine causa peruenerit, & ita constat liberationem sine tacita intentionis dilatione fuisse factam. & sic cessasse conditionem: nec est necesse, quod inter partes agatur, vt conditio non insit: sufficit. n. intentionem cessare.

¶ Nunc venio ad gloss. in verbo malè petitur: quam credideram omittere: sed quia in in mētem veniunt aliqua notabilia, ideò eam explanabo. Glo. ista vt videtis, facit duas oppositiones. Prima est, quia nos videmus quod an-
25 te aduentum conditionis † nec cedit obligationis dies, nec nascitur obligatio *vt l. cedere diem de verbo. sig. infra.* sed quando non cedit dies, id est, quando non est orta obligatio, tunc dicitur nihil agere vel nullo modo agere, quia agitur sine actione & obligatione. Item quando agitur ante diem, cum dies non impediat ortum obligationis, dicitur malè agere, quia ante diem agit. *vt l. 1. in fi. quando dies vsusfructus legati cedit infra.* Ergo in nostro tex. debuit dicere nullo modo agit: & non malè agit, quia videtur tex. significare, quod orta sit obligatio ante cōditionis euentum, cum tunc dicatur malè agi, cum orta est obligatio. Huius timore glossa quorūdam opinione fatetur, quod hìc sit nata obligatio ante conditionis euentum: ratio

ratio est quia conditio ista est tacita in dote: s. si matrimonium contraxerit, & tacitę conditiones non faciunt actum conditionalem. & ideo non impediunt natiuitatem obligationis. *vt l. conditiones extrinsecus. de condi. & de. infra.* Istam tamen responsionem glossa improbat: quia prædicta lex. cōditiones. intelligitur quo ad transmissionem legatorum, nō quo ad ortum obligationis. Ideo gloss. finaliter tenet, quod respōsio Ioannis est vera. s. quod etiam dicatur malè agere, qui sine obligatione agit, quasi dicat nullo modo vel festinanter agit, cum non sit nata obligatio. & sic fatetur gloss. etiam in conditione tacita ante conditionis euentum, non nasci obligationem. ¶ Secundò opponit de lege. ita demum de arbitrijs infra. (non de actionibus: vt corruptè in libris nostris traditur) vbi in principio stipulatio compromissi dicitur habere tacitam cōditionem, nisi dolus committatur, & tamen commisso dolo, agens ex stipulatu repellitur exceptione vt in fine illius legis. ergo præsupponit actionem natam cum exceptio sit actionis exclusio. *vt l. exceptio. de except. infra.* ¶ Soluit glo. quod in compromissi stipulatione non inest conditio doli ad ipsam obligationem: sed ad effectum obligationis, vnde fatetur ibi natam esse obligationem, & ideo datur exceptio. Itaque illa conditio est ad effectum, nō ad essentiam obligationis. hæc dicit glo. Primò noto ex glo. quod tam ipse qui ante diem agit, quám ille qui

qui ante conditionem agit, dicitur malè petere *& hoc probatur ex tex. nostra iuncta l. 1. §. fin. hic allegata*, & sic vterq; malè agit. Secùs tamen est in alio, quia qui petit vel agit ante conditionem, dicitur nihil agere: sed qui petit ante diem nō dicitur nihil agere, immo alqiuid agit, quia nō opposita exceptione rectè iudex pro eò ēt ante diem sententiam proferret, vt declarat. Bar. *in l. ita stipulatus la. grande in 1. col. secūdæ partis infra de verbo. obliga. & nunc intelliges tex. in d. l. 1. §. fi. quando di. vsufr. leg. cedit su. all.* quia illa aduersatiua, quamuis aliàs, qui ante diem agit, malè agit: aduersatur verbis, nihil agit. nam si non est nata obligatio, nihil agit, qui ante natiuitatem obligationis agit. Sed si est nata, etiam si ante diem agat, agit malè, sed non nihil. Vnde ante diem vel ante obligationis natiuitatem dicitur quisq; malè agere: & hæc est vera solutio ad illam legem. ¶ Ex quo etiam infertur quod qui malè agit, dicitur iure aliquid agere. Sed hoc etsi sit iuris effectus, non tamē est à iure, sed à facto, & à iudice, contra superiora opponitur, q̄ ēt qui ante diem agit, nihil agat. vt l. certi conditio: in prin. infra. si certū petatur. vbi qui ante diem agit, & qui ante cōditionem: dicitur agere non posse. Sed glo. ibi respondet, quod non posse agere accipitur diuersimode. s. vno casu ope exceptionis: alio casu ipso iure & Bar. videtur eam appobare in vlti. colum.

¶ Ego tamen aliter respondeo quia Bar. tenet

Digitized by Google

net, quod certi conditio ante diem non sit nata, per text. ibi, & hoc specialiter in certi conditiōe, propter vsurium medij temporis, quia qui ante tempus petit, non potest certum petere. ita Bar. in eadem col. ibi aduerte vtrum. Vnde si non est nata actio, rectè dicitur nihil agere, etiam ante diem: & sic Accursius non bene glossauit, & ideo etsi Bart. ibi glossæ sententiam referat: non tamen credo quod eam voluit approbare, ne se ipsum improbet. Sed aliàs de Bart. dubitari potest, inquantum considerat inter vsurium medium temporis, sed non est speculationis præsentis. Eundem intellectum tenet gloss. in .§. omnis institut. de verb. quam ibi approbat Iason post Chris. in 2. addi. Sed vt vides non est verus eorum sensus.

¶ Secundò noto glossam, quod tacita conditio impedit natiuitatem obligationis, & tex. 26
ille probat hanc conclusionem, similis est in l. quæ sub conditione §. fin. & ibi Bar. de cond. & demon. & hoc summam habet rationem. nam naturaliter actus conditionalis nihil ponit in esse, *vt in cap. 1. de sponsalibus libr. 6.* vbi etsi matrimonium sit de iure naturali. *vt l. primo supra de iusti. & iure.* tamen si conditionaliter illud contraxero, non est matrimonium ante conditionis euentum: at de tacito ad expressum, quo ad intentionem & consensum nulla est differentia: *vt l. Labeo. supra. eo. & in l. ista.* Ergo ista regula etiam habet locum

locum in tacita conditione, prout in expressa, siue tacita sit ab intẽtione partium, vt in l. nostra: siue à dispositione legis, quia eadem est ratio, dummodo habeat lex potestatem conditionem imponendi vel interpretandi. *vt in d. l. quæ sub conditione §. fi.* ¶ Ex secunda oppositione glossæ infero ad intellectum legis. ita demum. supra alle. s. quod ibi fuit cõditio ad obligationis effectum, & sic, quod stipulatio non committitur quo ad effectum, licèt ipso iure sit commissa, non obstante dolo. *& ita tenet gl. ibi. & Bar.* & nota quod gl. ibi in omnibus. idem voluit tenere quod hic, quia ad ea quæ hic dixit se remittit: vnde malè Moderni illam glossam contrariam isti dicebant. Eundem intellectũ approbat Bal. *in l. 3. C. de arbitris.* & omnes doct. credo teneant. Sed cum ego video improparare verba iurisconsultorum, tunc colligo intellectus nostri imbecillitatem. Ideo dubito de tali intelligentia. Primò per tex. ibi cum dicat: ita demum auteomm emittitur stistulatio. Pondero verbum *(ita demum)* quod constat esse verbum conditionale. Et noto quod istud verbum refertur ad commissiõem stipulationis, cum dicat text. ita demum committitur stipulatio. vnde inaduertenter videtur ibi dixisse Bar. quod inerat tacita conditio exactioni nõ commissioni stipulationis. Nam videmus, quod ad commissionem stipulationis dirigitur. ¶ Item secundò probatur obligationem esse conditionalem per verbũ. (si:) quod

Communis opinio.

Ita demũ verba conditionalia.

quod est conditionale. *l. 1. de condi. & demon.* dicit tex. ita demum committitur stipulatio, si sine dolo malo factum est. Item tertio probat, cum subiungitur expressè: sub hac enim conditione cõmittitur stipulatio ne quis doli sui, præmium ferat. Ecce quod semper vtitur verbis conditionalibus, & conditio refertur ad commissionem stipulationis, tam in principio quàm posteà, vnde non est credendum, quod tex. in actu vbi stipulatio antè committitur, diceret, sæpè ita demum committi: cum sine dolo malo factum est. † Ideo ego forsan Dei auxilio cogitaui veritatem, aut si eam nõ cognoui, lectoribus materiam cognoscendi dedi. 28

Si, particula conditionalis.

¶ Considero ergo primum, † quod in arbitris duas interponi stipulationes contingit. Prima est stari sententiæ. Secunda est pœnalis, quod si quid contra sententiam fiat, tantum promittitur. *hoc colliges ex lege Celsus. in prin. & in §. sed ipse. & ex l. diem proferre. §. si. eo. tit. quæ iura sunt eiusdem Vlpiani, qui est & auctor legis l. ita demum.* 29

¶ Secundo cõsidero quod stipulatio pœnalis, quæ committitur ex mora: nunquam censetur cõmissa, quando stipulator potest repelli exceptione: & hoc summa ratione, quia mora non committitur cum exceptione repelli potest: ergo nec stipulatio, quia ex mora committitur Hoc totũ probat expressè tex. *in l. lecta §. sed cum sortis. infra si cer. pet.* cuius sunt verba: vsurarum obligatio ipso iure non committetur, non. n. in mora est is, à quo pecunia propter excepti- 30

onem peti non potest. Similis tex. secundum
31 gl. intellectum in l. nulla infra de reg. iur. ¶Hic
præpositis pono casum †in d. l. ita demum. Po-
namus q ego promisi per stipulationem cen-
tum, si aliquid facerem contra sententiam ar-
bitrorum. posteà tu in tali arbitrio dolum ma-
lum cõmisisti: vt quia aut decepisti me callidè,
aut iudicem corrupisti. Vnde si tu velis agere
ex sententia arbitri, habeo exceptionem doli
contra te. vt in d. l. ita demum. post prin. & ista
exceptio doli impedit commissionem stipula-
tionis pœnalis, itaq; nunquam stipulatio pœ-
nalis est commissa, nec ad pœnam oritur ob-
ligatio, vt in d. l. lecta. Verũ est tñ quod si sen-
tentiæ stari promisi, tũc si cõmittetur stipula-
latio eo ipso, q sentẽtia profert, nec impedit,
exceptione doli. Imo illa exceptio cõtra actio,
né quæ ex stipulatu datur, & ita loquit l. ita de-
mũ. in fine. In principio aũt loquitur in stipu-
latione pœnali, cuius cõmisso impeditur, dolo
& ideo dicit sub doli cõditione cõmitti stipu-
lationem: & quod in cõmissione pœnæ loqua-
tur, patet, cum dicat: ità demum committitur
stipulatio cum aduersus eum q d fit, si sine do-
lo malo stipulantis factum est. Itaque loquitur
de illa commissione, quæ contingit, quando
fit cõtrapromissum: & illa talis, vt videmus est
pœnalis. Deceptio ergo doctorum (si tamen
nos non decipimur) est in eo, quod credunt
illam exceptionem doli dari contra cõmissam
stipulationem pœnalem. nam hoc falsum est
immo

Digitized by Google

immo si exceptione repellitur agens: tunc datur illa contra intentionem, & non contra actionem *vt l. qui se debere de cond. indebi. infra.* vnde 32
malè † dicunt Iac. Butrig. Albe. & alij limitantes istam gloss. quod tacita conditio impedit ipsam natiuitatem obligationis, quando inest obligationi. Secùs quando inest executioni, nam tunc non impeditur natiuitas obligationis p prædictam l. ita demum. Sed in illo casu vt supra visum est. Illa conditio inest obligationi. Hinc etiam pungẽs plura, quæ dicit Bald. *in l. 3. C. de arbitrijs,* & quæ adduntur eidem *l. si ex cautione. C. de non nu. pec. in fi. col. in 8. q.* Et maximè intelliges tex. in d. l. 3. §. q doli exceptio nõ opponitĩ cõtra obligationẽ, sed cõtra intentionẽ agẽt is. *vt in d. l. ita demũ. & in l. qui se debere su. al. & l. excep. de excep. infra.* Itẽ q illa cõditio nõ ponitur exactioni, sed stipulatiõi q ẽt Bar. ibi negat.

¶ Vltimo & his inferri † potest q vbicunq; 33
stipulatio ponĩ super executiõe alterius contractus vel sentẽtiæ: si obstat exceptio ad executionẽ. nõ cõmittitur stipulatio, quę su p executione ponĩ: rõ videĩ cõgrua, q a etsi ex sententia vel ex primo cõtractu teneaĩ, & sit orta obligatio, tñ nõ teneĩ ad executionẽ obligationis, obstante exceptiõe: vnde cum stipulatio versẽĩ su p executione, cũ ad eã nõ teneaĩ, nec stipulatio cõmitteĩ & hoc est q dicit l. lecta. q qui exceptionẽ ad sui defensionẽ hʒ, non cõmittiĩ morã & per cõñs nec stipulationẽ, *& ita pbatur in l. ita demũ.* & pulcrè † in l. quęro §. inter 34

locationē infra locati. Vbi si ego locaui fundū, & promisi tibi cōductori non expellem à fundo sub pœna.c.ducatorum, quam pœnā stipulatus sum: si tamen pensionem per biennium non solueris, nō obstante pœna, te possum expellere, quia pœna non est commissa. Huius ratio est, quia ad executionem locationis obstabat exceptio, non solutæ pensionis, & cum stipulatio sit posita super non expellēdo, meritò non committitur, si non solueris pensionem, quia videor promisisse te non expellere, ita demum, si solueris. Hic est verus intellectus ad illam l. quamuis doctores, & glossæ hæc ita non considerantes exponant impropriando tex.

SVMMARIVM.

1 Repetitum in sequentibus videri id, quod in Præfationibus dictum est, & quod ea repetitio procedat ex præsumtione iuris num. 5.

2 Stipulatio vnam & eadem possit ne esse pura & cōditionalis.

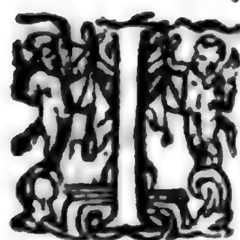
3 Repetita an censeantur in cōtractu posteà celebrata ea, quæ in Præfationibus dicta sunt, vbi contractus ex interuallo est celebratus, atque inibi de intellectu l. per retentionem. C, de vsuris.

4 Repetitum nō videri id in subsequentibus, quod exigit factum extrinsecum, tametsi dictum sit in Præfationibus.

6 Dies incerta stipulationi adiecta habetur pro conditione.

IDEM

Digitized by Google


DEM IVLIANO. Hic §. quia breuis ideo non diuiditur: Sed summatur secundum Bar.† quæ 1
in Præfationibus dicuntur, in contractibus Repetita intelliguntur. Hoc ego extenderem vel interpretarer etiam si id, quod actum est in præfatione sit tale, ex quo essentia obligationis pendeat. Hoc ita probaĩ, quia ex conditione pendet essentia obligationis, *vt superiori §. dictum est.* Sed etsi contractus purè sit inter partes expressus: ex præfatione tamen redditur conditionalis. quia conditionalis esse creditur, quo ad agentium voluntatem. ergo bene sequitur ista declaratio, quod etsi præfatio sit talis, quæ pendere faciat substantiam contractus, nihilominus inest contractui. Sed stat in promptu arg. q̇a si cõtractus est conditionalis, nõ est in esse ante conditionem. Ergo in non ente inesse non potest. Respondeo quod verum est obligationem non esse: ideo in conuentione censetur repetitum, facit quod in simili dicit Bar. *in l. lecta in fi. per illum text. infra si certum petatur.* ꝙ pacta quæ in cõtinenti fiunt, insunt nõ obligationi vel actioni: sed ipsi cõtractui, vel cõuentioni. Item arguitur contra istum tex.† qui 2
dicit: quod etsi stipulatio purè concepta fuisset, cõditio, inesset stipulationi: contra: nam quod si pura stipulatio , & quod sit conditionalis est, quid incompatibile, *vt in §. omnis Instit. de verbo oblig.* Respondeo, hoc verum esse: tamẽ

bene potest esse quod verbis proferatur purè: mente autem sit conditionalis & sustantia obligationis ex mente constat. *l. obligationum substantia. de act. & obli. infra l. non omnis infra. si certum petatur l. 1. §. adeo. supra eo.* Item contra de l. quicquid astringendæ. de verbo. oblig. infra vbi quicquid in stipulatione tacitum est, id omissum intelligitur. cũ stipulatio *a* sit stricti iuris. Respõdeo quod id in fauorem stipulantis, hoc in fauorem rei: & hic agitur de declaratoria interpretatione. ¶ Primò infert Bart. ex isto tex. quod ex hoc potest conuinci fraus *b* vsurarum, quãdo vsurarij faciunt cõuentionem, vt pro simplo promittatur duplum, posteà tempore cõtractus adhibentur notarij, & testes qui hoc ignorant. Sufficit enim hoc probari, quia cum hoc sit actum in Præfationibus, in sequentibuus videtur repetitum. hæc dicit Bart. Sed ego dubito an subtiliter loquatur. nam hoc quod in his in legibus dicitur, in sequẽtibus esse repetitum. Quod inter partes ante contractum, actum est, venit ex tacita mente contrahentium, quia ius præsumit *c* ita eos voluisse, prout ante ipsi ordinabant. *Probatur ex text. nostro in illatione quam ex principio facit. patet etiam ex l. quotiens. de here. instit, infra l. si. de condit. insti.* Sed in casu Bar. constat, quod partes volunt simulare non repetere. Ergo non censetur repititum. destruitur ergo contractus tanquam vsurarius ex præfatione probata: non tamen ex eò, quod id sit repetitum, quia cum velint

a Stipulatio licèt stricti iuris sit, admittet tamen interpretationem in fauorẽ rei & declaratoriam.

b Vsurarum fraus.

c Præsumitur repetitum in contractu quod dictum fuit in Præfatione.

partes

Digitized by Google

partes ſimulare, non volunt id repetitum haberi. *Facit hoc ad cap. ad noſtram. de empt. & vendi. extra cum ſimilibus.* Et ita ego conſulerem, quod ageretur contra vſurarium, ex prima præfatione probata: nec obſtaret ſecunda ſolennis conuentio, quia illa in fraudem fuit ſimulata. *Hoc colligo ex prædicto. c. ad noſtram.*

¶ Limitat primo Bar. tex. noſtrum niſi contractus ex interuallo factus fuiſſet, quia tunc vt ipſe dicit, non cenſetur repetitum. *l. per retentionem. C. de vſuris. idem tenet Bart. in l. titia. §. idem reſpondet infra de verb. oblig. per text. in l. ſi binarum ædium. infra de ſer. vrb. præ. & l. ſi tibi liberum infra. de act. empt.*

¶ Primò noto † ex Bart. quod in l. per retentionem. C. de vſuris, ideo ea quæ primò dicta fuerunt non ſunt repetita, quia ex interuallo contractus fuit celebratus. Idem voluit ipſe Bart. ibi: etſi litera ſit mendoſa: tamen facilè iſte intellectus redditur dubitabilis, quia ibi talis dubitatio, non erat nec talis dubitatio determinatur. Nam primò dicitur quod vſuræ per retentionem pignoris, ex nuda conuentione efficaciter promittuntur: ſed ſi tempore primæ conuentionis pignora fuerunt poſita, poſteá ſi ſecundo maiores vſuræ repromittantur, dicit text. quod pignora non erunt obligata ad ſecundum contractum. itaq; ibi nulla eſt præfatio, immo ſunt diuerſi cõtractus & diuerſa intẽtio agentiũ: cũ in prima conuentione minores, in ſecunda maiores 3

promittantur. Vnde nõ congruit intellectus Barto. & minùs congruit ille, quem ponit in §. idem respondit. vbi dicit, quod lex *per retentionem.* loquitur in his quæ dicuntur in eodem contractu in parte anteriori eiusdem contractus: an censeantur repetita in posteriore parte contractus.

¶ Aut ergo non intelligo Bart. aut ipse non vidit legem: quia lex in diuerso contractu loquitur, vt patet in verbis finalibus. Quoniam eò tempore quo instrumẽta emittebãtur, nõ conuenit, vt pignus etiam ob hanc adiectionem teneatur. Præterea maior ratio est in eodem contractu ad seipsum, quàm ex præfatione ad contractum præsentem. Itaque Bat. non videtur nec hic nec ibi bene soluisse. ¶ Secundò noto intellectum. *l. si binarum & l. si tibi liberum.* vbi in vtroque idem est casus: & etiam in hoc dubito de Bart. nam ibi casus erat, quod dominus binarum ædium dicebat eas quas vẽderet ædes seruas fore, sed in traditione rei vẽditæ non fecit mentionem seruitutis: dicitur quod aut habet ex vendito actionem, aut potest incertum condicere, vt seruitus imponat. Aut ergo volumus intelligere; quod ante venditionem dixit, eas ędes quas venderet seruas fore: aut in ipsa venditione, & in vtroque casu nulla est dubitatio, quin detur actio ex vendito. vt text. dicit, & si ante venditionem dixit, constat, quod in venditione censetur repetitum, cum detur actio ex vendito: ergo malè

Digitized by Google

malè notatur, quod non censeatur repetitum ex interuallo, quia videmus quod repetitum censetur, & quod fuisset, medium interuallum fingitur: quod si verum est, ibi probatur quod etiam ex interuallo magno censetur repetitum, quòd antea actum est, & quod ibi ideo detur actio exempto, quia censetur repetitum. fuit de mente glo. primæ, dum allegat legem istam. Vnde non congruè videtur intellexisse Bar. illam legem *in. d. §. idē respondit. & in d. l. si tibi liberum.* Et nota quod idem voluit dicere Bar. dum paucis verbis legit legem. si binarum. quæ verba inuenies inserta in lectura legis ad eam præcedentis, quia incongruè in impressione cuditur. ¶ Ex superioribus ergo videmus quod Bart. non probat, quod si ex interuallo pręfatio facta sit, nō censeatur repetita: an autem id sit verum, secundum diuersos casus esset distinguendū, *vt l. quoties. infra de hare. insti.* tamen quo ad materiā declaratiuam eadem ratio est, siue quid sit dictum ex interuallo, siue incontinenti: quia ex his quæ inter contrahentes antea acta sunt, quæ nunc fiunt, declarari & probari possunt qua intentione quoue modo agantur, *vt in d. l. quoties.* & quod simpliciter etiam quæ ex interuallo dicta sunt, repetita censeantur, do tibi tex. & glo. *in. leg. si vero. de edil. edi. infra.* vbi de his quæ ante contractum per aliquot dies dicta fuerunt potest agi per actionem ex contractu: & tamen videmus quod vnus dies

constituit interuallum. *vt in. l. si ex duobus. de duobus reis: infra.* & ita glo. *in eadem. l. si verò.* Notat, quod quæ in Præfationibus dicuntur in contractibus repetita censentur: Sed tamen loquitur in his quæ dicta sunt ex interuallo. & nota & tene mẽtem illius, tex. qui declarat, quando tempore pręfatio reduci possit ad cõtractum. In ista tamen materia secundum varios casus, diuersis modis esset determinandum: ideo nihil regulare dicere audeo.

¶ Secundò limitat Bartol. nisi id omissum esset tale, quod exigeret factum extrinsecum: quia tunc intelligitur errore omissum, ita intelligit prædictam legem si tibi. de ac. empt. & hoc habet pulchram rationem. Nam si est aliquod quod consistit in mera voluntate & consensu, creditur & præsumitur ipsa eadem voluntas: si tamen facto opus est, & fuit omissum cẽsetur omissum errore, idest, obligatione, ideo non censetur repetitum, quia verum est actum non pręcessisse vel non esse factum. *ita hoc clarius probat tex. l. sed & si me putem. in fi. de condit. indebiti. infra:* & pono casum *in d. l. si tibi.* ego dixi ædes quas venderem seruituti subiectas: postea eas vendidi & tradidi tibi, cui hoc dixeram: sed tempore traditionis non constitui seruitutem: dubitatur an censeatur constituta: & determinatur quod non: agitur tamen ad constitutionem conditione incerti, vel ex vendito. Ideo ergo non censetur

tur repetita, quia ad seruitutis constitutionē opus est facto. *vt l. 3. in prin. ff. de vsufructu.* & ista est intentio Bartol. & ita poteris intelligere text. in d. l. si binarum. Itaque in hac limitatione intrat meliùs ille text. quàm in alia: cum constet ibi quod ex præfatione agatur, cùm ad ea quæ dicta fuerunt in ea, oriatur actio.[1]

¶ Sed contra hoc videtur argui posse: nam ad constituendam seruitutem opus est facto, s. quod inducatur in fundum per constituentem *vt in d. l. 3.* Sed quando ego vendendi domum quam dicebam, seruam: & tibi tradidi, interuenit traditio, ergo censeatur constituta seruitus, Sed si dicas quod requiritur hac intentione. s. vt ad constituendam seruitutem inducatur in fundum: ad hoc replicabitur, quod ista intentio per ea quæ diximus censetur repetita, quia præsumuntur mentalia repetita.

¶Respondeo tamen quum verum est, quod interuenit inductio ex parte vendentis, quia ipse tradidit rem venditam: requiritur tamen quod ei constituatur seruitus non ab eo: vnde inductio deberet fieri ab emente, vt censeatur constituta seruitus, & ita potest solui. Sed adhuc videtur dubitandum, quia vterque est à fundo & cum inter eos sit actū de seruitute, videtur ꝙ mens sola sufficiat, quia ꝙ in facto reqritur nō deest. Poteris respondere, quod est actum de constituenda serui-

seruitute, videtur quod mens sola sufficiat, quia quod in facto requirit, nō deest. Poteris respondere, q̄ est actū de constituenda seruitute. nō tñ agitur in ea sed ad eam: cōnstitutio ergo requirit expressionem, & distinctam actionem à traditione rei principalis *vt in d. leg. sed & si me putem. in fine.* cogita. ¶ Expeditis dictis Bar. in tex. ista duo noto. Primùm, quod ista repetitio est ex præsumptione iuris, quasi partes in id consenserint, ius enim præsumit partes eo modo consensisse, quo præfatum est: vnde ista repetitio est præsumptiua: probatur in illationibus illius tex. in quantum à superioribus infert, & hoc clarè probatur sæpius *in d. l. quotiens. de hære. insti.* Vnde cum glo. nostra in isto. §. alleget legem lecta. versi. dicebam, si certum pet. Probat ipsa, quod in pactis in continenti appositis censetur repetita stipulatio, ex intentione partium, secundū iuris præsumptionem, quod est contra communem aut omnium opinionem in eodem versicu. dicebam. nam ibi omnes dicunt, in stipulatione pacta inesse ex fictione iuris. ergo falsum est, quod ex præsumptione, cum ista distinguantur. *vt l. non est verisimile. quod metus causa. infra.* vbi latè notatur, & quod glo. nostra non videatur bene considerasse, videtur ex hoc constare, quia ibi pacta primæ stipulationi insunt. Non ergo secundum hoc, videtur repetita stipulatio in pactis quæ sequuntur: cogita, quia glo. excusare poteris. ¶ Secundò

Communis opinio.

Digitized by Google

eundò noto ex tex. † quod dies incerta adiecta stipulationi, habetur pro conditione: hoc probatur ex tex. nostro, quod facit pro illa quæstione quam tractat Bar. *in l. ita stipulatus la grande. in secunda parte.* vbi concludit, quod sicut conditio impedit natiuitatem obligationis. *vt l. cedere diem. de verbo. signi. infra & l. nostra. in princ.* ita dies incerta, quando etsi sit certum an veniet: allegat tex. leg. i. C. vt actiones ab hę. & contrahe. Et hoc probat noster tex. cum habeatur pro conditione, Imo illam conclusionem singulariter videtur posse extendi: ꝙ non solum quando dies est expressa, sed etiam si sit tacita: tex. est hic. nam hic dies erat ex tacita & præsumpta repetitione. Ex quo etiam infertur ad ampliationem. §. superioris, quod sicut tacita conditio impedit natiuitatem obligationis, ita qñ est tacita dies & incerta: aliàs aũt manifestũ est, ꝙ si dies est certa, statim cedit dies actionis & oblig. *vt l. cedere diem. supra all. l. i. in fi. infra quando dies vsusfructus legati cedit.* Ratio huius est, quia dies est qualitas obligationis, ex qua non pendet eius essentia: *vt notat Bar. in prædicta. l. ita stipulatus in 2. col. quasi ad fi.* Vbi Bar. in hoc reprehendit Raph. sed & se ipsum poterat reprehendere *in leg. i. §. si quis simpliciter. eo. titu.* vbi in prima oppositione dicebat diem mutare substantiam. Et cum semel in nostro collegio contra Bart. ibi disputarem: cuidam scholari, admiranti de mea opinione, ostendi eundem Bart. sibi contrarium

Singularem.

rium

trariũ Vide Bar. *in.d.l. ita stipulatus.* vbi respondet ad l.i.§.diẽ supra tit. pximo. ¶Vltimò nota, quo ad regulam nostri text. quod id quod dicit glo. *in.§. præterea. instit. de inuti. stipu. in glo. fi.* debes intelligere ratione similitudinis, nõ tamen in eodem casu. Quia si ego interrogo sub conditione vel die: tu simpliciter dixisti spõdeo, non est aliqua præfatio ad contractum, sed totum est idem contractus: vnde non adaptatur rectè regula nostra. Dic ergo ex simili casu glossam in notasse, & non ex illo.§.

S V M M A R I V M.

1 *Conuentiones pacis inter duces belli factas seruandas esse. & an actione aliqua possint cogi ad obseruationem earum conuentionum.*

2 *Fides hosti data, sit ne seruãda 2.nu.4.2.6.2.7.2.9.*

3 *Fides bannito data an sit seruanda. 2. num. 10. 2.nu. 13.*

5 *Hostem dolo aut astu decipere, an & cui liceat.*

8 *Superioris auctoritatem censeri semper in promissionibus exceptam.*

11 *Pactum de non occidendo bannito an sit contra ius publicum.*

12 *Potestate aut facultate aliquid agendi concessa, nõ videri necessitatem impositam ad id agendũ.*

14 *Bannitum occidere quo casu sit illicitum & punibile. stante etiam statuto, quod licet impunè, eum occidere.*

15 *Fides impunitatis reo criminis per iudicem data an seruanda sit.*

16 Dua

Digitized by

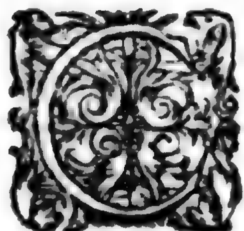
16 *Dux vel capitaneus belli potest inducias cum hoste pacisci, & quid sit nomine alieno.*

17 *Principio an poßit ex causa pacis remittere damna illata subditis particulariter & vniuersaliter.*

18 *Conuentio legitima sit ne species distincta à conuentione iuris gentium & nu. sequen.*

20 *Induciæ differant necne à treuga. & quæ dicantur induciæ.*

21 *Legatis securitatem deberi tam ex lege quam ex tacita conuentione atque inibi quod ius gentium violare dicatur, quisquis Legatos iniuria afficit.*



CONVENTIONVM. Non diuido tex. quia in eo ponitur solum quædã diuisio, & ideo nec summabitur: sed pro summario hoc habendum est, quod aliquæ sunt conuentiones publicæ: vt est, quãdo inter res publicas, vel bellatores de pace & fœdere conuenitur: aliæ sunt conuentiones priuatæ, quæ fiunt inter priuatas personas: & istæ diuiduntur: aut enim sunt iuris gentium, aut legitimæ. *de quibus in leg. infra proxi. & l. iuris gentium.* vnde intelligẽdum est, quod hæc subdiuisio constituitur pro quadam specie. & sic sunt tres conuentionum species. Tamen videtur quod incongruè diuersitas harum specierum ponatur, quia primæ duę species differunt ex causa materiali, nam quædam est publica causa, alia est priuata. Ista verò subdiuisio

inter duces belli ſunt ſeruãdę, quõ aũt ſint ſeruãdæ an actione vel except. diſting. eſt. Nam ſi inter reges populos ue liberos bellũ gerĩ, an actione populi Romani conueniri nõ poſſunt cum non ſint ſub ea. Exempli gratia, cùm Gallorum rex. à noſtro optimo Regum rege vi expulſus, & iure à regno Nauarra (moderno ſermone appellato) inducias petijſſet, atque treuga fuiſſet facta: certè ex iſta conuentione nulla oritur actio ciuilis, cum nullæ parti iuris ciuilis ſubijciantur: *de quo videbis in c. per venerabilem. qui filij ſunt legitimi. & in c. & ſi neceſſe. de dona. inter virum & vxor. & ibi vltimam glo. in fi.* Sed notare debemus quod etſi actio ciuilis nõ naſcatur: naſcetur canonica. cum omnes regesh Criſtiani ſubijciãtur Eccleſiæ. *vt in c. nouit. de iudicijs. in c. ſolitæ. de maio. & obædi.* vnde naſcetur actio ex præcepto. *c. primi de pactis. extra.* non ex præcepto. l. noſtræ, nec edicti Prætoris. ¶ Si autem bellum fiat inter populos ſubditos tunc an actio naſcatur. & quod naſcatur non probat lex noſtra: quia hic nihil niſi de diuiſiõe: & ſic malè doctores videnĩ allegare tex. noſttum in caſibus exceptis. *in l. iuris gentium. §. ſed cum nulla. infra. eo.* vbi per tex. noſtrum dicunt: ex pacto pacis actionem naſci. de quo ibi plura dicemus. Nunc tamen id eſt notandum quod text. noſter probat conuentionẽ pacis eſſe ſeruandam: nam diuidit pacta in edicto comprehenſa: Sed edictum dicit pacta eſſe obſeruanda. Ergo iſtud obſeruetur, quia

pro eo si ipse non reuerteretur: quod in tali casu tenetur tertius, & etiam ipsi hosti. Et ita limitatur ista regula in isto casu secundum modernos Papienses hic: Sed attende, quod ibi & hosti, & socijs promisit: vnde pro promissione socijs facta obligatur: non pro ea, quam hosti fecit. De his pulchriùs inferius. Infertur secundò, quod ea quæ bannito particularis persona promisit, non sunt seruanda. Hoc hac ratione probatur, quia bannitus habetur pro hoste ciuitatis. *lege amißione. §. qui deficiunt. infra. de cap. di.* vnde si quis cum bannito faceret pacem, & promitteret eum non offendere, etsi promissio esset pœnalis, contrafaciendo non incideret in pœnã: *ita Baldus in lege iuris gentium, paragrapho si paciscar, per textum ibi:* maximè si emittatur bannum post promissionem. *ita Bartolus in lege prima in dicto Paragrapho non fuit. de dolo. Bartolo & alij lege qui seruum mærentem. infra de verborum obligationibus & lege eleganter in fine. infra de pignorum action.*

¶ Tamen hæc omnia cum grauissima sint in his accuratiùs diligentiùsque docendum esset.

¶Ideo ego propensè animaduertendum cẽsui. De prima conclusione primò dubito, imo ꝙ hosti data fides, siue à duce, siue à priuato, sit seruanda: facio talẽ rationẽ: hostis alicuius ciuitatis ea amittit, quæ sunt eiusdem ciuitatis,

l. quidā. infra de pœnis. Bart. declarat latè in d. l. amissione. §. qui deficiunt. ergo ea, quæ aliunde ei cōpetunt, siue iure communi, siue iure naturali aut gentium, non amittit. Hoc exemplo probo: pono aliquem esse bannitum, & pro hoste iudicatū in particulari ciuitate: certè iura Imperatoria & cōmunia nō amittet, nec naturalia aut iura gētiū: ratio q̄a hostilitas illius, ciuitatis q̄ sunt ꝓpria eius, abstulit. ¶ Item pone aliquem esse bannitum à regno libero: certè iste amittit iura & particularia & vniuersalia illius prouinciæ, non tamen iura gentium & naturalia. Ita colliges hæc ex sensu Bar. *in d. §. qui deficiunt: & ex tex. in d. l. quidam* vbi deportati & in metallum damnati, retinent ea quæ sunt iuris gentium. *Facit l. has obligationes, de cap. dimi.* cum ergo ad fidem seruandā naturaliter mihi tenearis. *vt l. i. supra eo.* hostilitas obligationem non tollit naturalem. Imo forsan, (q̄ tamen pro nunc non affirmo) obligatione canonica etiam relegatus, vel hostis, à populo libero, teneretur secundū Bar. intentionem. ¶ Item facit ratio colorata: nam aliquæ sunt iuris gentium simpliciter: alia iuris gentiū & naturalia: & ista quæ sunt naturalia & gentium fortiora sunt, cum vinculo duplici sint roborata. *vt in c. i. de treuga & pace. l. genero C. de iure dotium.* vnde promissa obseruare cum sit naturale & iuris gentium. *vt in l. i. supra eo. & leg. iuris gentium. infra. eo in princ.* non potest vinci à iure hostilitatis, quod est introductum origine,

Vincula duo fortius ligant.

ne, aut introductione iuris gentium. *vt. l. ex hoc iure de iuſtitia. & iure*. ¶ Prætereado tibi caſum expreſſum *in c. noli exiſtimare. xxiii. q. ii.* vbi text. expreſsè dicit, hoſti ſeruandã fidem, nec dicas ibi tex. loqui in ducibus tantum, quia ratio eſt generalis, & loquitur Augu. & de rege Dauid, & etiam de Cẽturione, qui die nõſtræ redemptionis, fuerat redemptus. Et quod intentio Bart. non ſit integra nec iuſta, attende, quia ipſe dicit *ex. §. non fuit ſupra alle.* quod priuatus poteſt licitè frangere fidem, & ita ille §. loquitur tantum in priuato: noſter autem tex. in duce. ¶ Sed certè verba illius tex. æquè, aut magis conueniunt duci, quam militi priuato. Dicit Iuriſconſultus, apud veteres dici conſuetum eſſe bonum dolum, quem ſolertiam appellabant: veluti ſi quis in hoſtem machinetur, & dolo decipiat. Ecce † quod ho- 5 ſtem dolo decipere fas eſt, quia dolus talis eſt bonus & ſolertia. Sed quis dubitat magis conuenire duci, ſolertia, & quadam ſubtili & exacta diligentia hoſtes decipere, quàm priuatæ perſonæ. Itaque ille tex, æquè congruit, aut meliùs duci quàm priuatæ perſonæ: non ergo loquitur in deceptione, quæ fit in frangendo fidem, illa enim duci non eſt permiſſa. Quam rationem manifeſto alio argumento comprobo. nam in. d. c. noli exiſtimare. cauetur hoſti ſeruandã fidem: tamen decipere hoſtem licet, & inſidiari ei. *vt in. c. dominus noſter. eadem cauſa. quæſti. ſequenti. & in. c. vtilem.*

xxii. q. ii. Ergo eo quoddecipere licet, non licet frangere fidem. Vnde malè infertur *ex paragrapho non fuit.* hosti fidem non seruandam: exquo malè distinguitur inter duces, & alias priuatæ conditionis personas. Ex his † veram credo & generalem Marci Tull. sententiam, primo de officijs libro scilicet fidem & hostibus esse seruandam. Facit mirabile factum Marci Attilij. qui duce Xantippo Lacedæmonio, Imperatore autem patre Hannibale Hamilcare, cum ex insidijs captus esset in Aphrica, fidem præstitit vt liberaretur, se operam præstaturum, vt captiui Carthaginienses Romæ liberarentur, aut si ipsi Romæ seruirent, se quoque ad seruitutem rediturum, cumque Romam postliminio esset reuersus & suo præcipuè, & totius Senatus saniore decreto, fidei seruandæ caussa Carthaginem redijt, & quidem ad summum cruciatum. In qua re auctoritas Senatus plurimum ad nostrum propositum facit: Nam si frangere fidem hosti, fuisset solertia: vt doctores credunt, senatus solertia, quæ vt virtus cõmendata est, Attilium excusasset, ipseque nec Romam, se ipso priuasset, nec se ipsum Roma. Quod si virtute solerti hostem fallere potuit, cum id omiserit, & in virtutem, & in patriam, & in vxorem, & filios commisit. Sed tamen aliter iudicatum est à Senatu & ab eodem & à Valerio Maximo, & à

Fides seruata hosti.

Digitized by Google

& à Marco Tullio Cicerone *in quæstione de dolore & in tertio officiorum libro, capite de Fortitudine.* vbi sentit, si secùs fecisset eum fuisse periurum, & quod fidem inhonestè & iniustè fregisset.

¶ Habes ergo intellectum Bartol. & doctorum in istum textum & ibidem ad d. §. non fuit, non esse bonum. De quo, & de intelligentia doli, plura contra omnes doctores Canonistas & Legistas recordor disputasse, adeò quod Labeonem non rectè dolum malum definisse (gratia disputationis) concludebam.

Sed verioribus rationibus, etiam eum defendebam, quæ quia à materia nostræ legis extera sunt, ideo omitto. Sat erit intelligere, quod fidem frangere etiam hosti, esset dolus malus: cum id non liceat, & sit contra naturalem æquitatem.

¶ Sed vt veriùs cognoscamus, quod iustum sit in isto articulo. Ego credo distinguendum: aut enim ego promisi aliquid, quod sit contra ius militare, aut ius publicum, & talem promissionem obseruare non teneor: Aut promisi aliquid ad rem priuatam pertinens, & nihil obstat, quin id debeam obseruare. Hanc doctrinam sumpsi ex l. iuris gentium. in. §. pacisci infra eo, & hoc habet summam rationem. †Nam nec miles 8

iuri militari potest præiudicium facere, cum semper auctoritas, & legis, & superioris, in ꝓmissionibus sit excepta. *vt in c. veniens. & in c. ad nostram. el. ij. de iure iuran. & l. Imperatores. ad municipales.* Nec nostris promissionibus iuri publico renunciare possumus. *l. ius publicum infra. eo.* ¶ Sed si, nec sit contra ius militare, nec iuri publico derogatur, pacta etiam hosti sunt seruāda, per legem nostram, eiusque rationē, & per iura superiora. Vnde parcat Raphael Fulg. q̃a non credo, recto iure absoluit à mille ducatis medicum Bononiensem: quia si bellum erat iustum, vt ipse & alij sequaces præsupponunt: ex tali promissione hosti obligabatur per superiora, nec talis promissio erat: cōtra, ius publicū, vt publicū hîc cōsideramus, ergo non erit inefficax ex ista causa. Hinc ét intelligo illā legem singularem. L. nam & Seruius. supra al. quod data iusticia belli, ipsi qui capti fuerunt, & soluerunt ex promissione, licitè soluerunt, & obligati erant naturaliter: licet doctores id negent.

Priuata pactio iuri publico nō nocet.

Singulare.

9 ¶ Item quærit ibidem glossa & Azo. quid si ego iuraui soluere taleam, & hostis, qui me, & socios meos captos habebat, me sub fide liberauit vt redirem, nec rediui. At ille alios fecit soluere suam taleam, & meam, dicit glo. quod ipsi socij non possunt me compellere ad soluendum id, quod pro me ipsi soluerunt. Ratio est, quia ego non tenebar soluere hosti, cum hostis sit. Dicit tamen Bal. quod armigeri nostri temporis seruant contrarium: sed

ſed conſulit gloſſam tenendam, nec ab ea re-
cedendum, quia omnes eam approbant. ¶ Sed
ego omnium minimus id non tenerem, imo
quod ipſe teneatur ad ſolutionem ſuæ partis,
quia quãdo repreſſalli id ſunt ex cauſa iuſta, pu
ta, ob dolum malum, vel culpam partis. Ipſe
qui ſoluit, iuſtè à debitore petit, vt ibidẽ idem
Bal. paulò antè concludit, & facit text. *l. igitur.
infra de liberali cauſa.* Vnde cũ iſte fuerit in culpa
& dolo, eò quod promiſſa, immo & iuramen-
tum non obſeruauit, licitè quod pro eo ſolu-
tum eſt, ab eodem poteſt repeti. Quod nota,
quia magni eſt ponderis, & poteris dicere, ꝙ
Moderni milites in communi vſu, non facto
vtuntur, ſed iure, dum bellum ſit licitum. Vti-
nam in alijs magis, quàm in hoc iura non vio-
larent. ¶ Secunda fuit illatio, † quod cum ban-
nitus loco hoſtis habeatur. *vt l. amiſſione §. qui de-* 10
ficiunt. ſupra alleg. quod ſanè intellige, prout in-
telligit ibi Bart. ſ. cum non ſolum bannum e-
mittitur, ſed etiam voce præconis, pro hoſte
pronunciatur. Itaque ex tali pronunciatione,
habetur pro hoſte, non ex ſolo banno: iſti ta-
li nec ſeruanda eſt fides, & ideo non obſtante
contraria promiſſione, poteſt impunè occi-
di. ¶ Et vt videmus ex ſuperioribus, quod non
ſit ſeruanda fides, ſimpliciter eſt falſum. Nam
ex fide teneor etiam hoſti, vt ſupra, ergo ban-
nito, qui impunè occidi poteſt: quia in hoc
habetur vt hoſtis: quia impune occidi poteſt,
vt Bar. in d. §. qui deficiunt, & videmus, quod pro-

ut ex statuto impunè bannitus occidi potest, ita hostem & bello, & insidijs occidere, non tantùm impunè, sed & iure possumus. *vt in d.c. dominus noster.23.quæst.3.* & tamen fidem frangere no licet. *vt in dicta. cap. noli existimare.* ¶ Sed si fides sit contra ius militare, aut contra ius publicum: tunc pactum non valet, nec fidem de-
11 beo obseruare. Videamus ergo, † an pactum de non occidendo bannitum, sit contra ius militare, & contra ius publicum. Et notãdum est, quod bannitum non possumus iure occidere, cum deportatis æquiparetur, *vt in §. relegati. Institut. quibus moder. ius. pa. po. sol.* Sed deportati non amittunt quæ sunt iurisgentium. *in d. l. quidam de pœnis.* Ergo eis licita est defensio, & per consequentiam illicita offensio *. vt in l. vt vim. de iustitia & iure. & ibi hoc tenet Barto. in prima. col. & sequuntur omnes.* Sed si statuto adijcitur, vt impunè possit occidi: hæc est quædam facultas occidendi, ab isto iure particulari cõcessa. Vnde credo, quod ex tali banno vel facultate non imponatur necessitas subditis, ad
12 occidendum bannitum: ratio est, quia † qnando facultas vel potestas datur, nec necessitas imposita creditur. *l. sæpè audiui Cæsarem & l. sequenti su. de offic. præs. l. non quicquid. infra. de iudicijs. notatur in regula prima de regu. iur. libr. 6.* vbi verbum (*potest*) affirmatiuè nullam importat necessitatem, & ita concludit gloss. & Barto. *in d. l. sæpè.* ergo sequitur q̀ non occidendo nõ facit contra statutnm, cnm statutum ei nihil præcipiat:

Posse facere non continet necesse.

cipiat:

cipiat: sic ex hoc concluditur, quod promittendo non offendere bannitum, talis promissio erit licita, nec est contra præceptum superioris: sed tantum contra facultatem mihi cōcessam, quæ quidem facultas videtur facti, & non iuris: & si sit facti impunibilis: quia cum statutum dicat, impunè id posse fieri: videtur solam pœnam tollere, nec aliud ius concedere, præsertim cum esset odiosum pœnale, & iuris communis correctorium. Vnde pactum de non offendendo censetur fauorabile, cum per id ad antiquas iuris regulas perueniamus. *vt l. si vnus §. pactus in fi. infra. eo.* facit quod notat, *in eadem l. sæpè su. al.* quod verba posita in materia restringibili, maximè sunt intelligenda ꝓprijssimè, & sic verbum, Potest, in materia odiosa debet intelligi ne inducat præceptum, nec necessitatem. ¶ Item facit, quod in simili inuenies. *in l. fi. sup. de iuris. om. iud.* vbi si pœna non paretur ius dicendi, & iurisdictionem non habenti. s. extra territorium. Sed dicit gloss. quod si voluntariè me subieci eius iurisdictioni, tunc si nō obtemperauerim, puniar: sic ergo si promisi non occidere, & si aliàs impunè occidere poteram: ex promissione tamen, nō possum impunè occidere. Præterea facit text. sing. *in cap. 1. de Pactis. libr. 6.* vbi etsi ex priuilegio, cantra ius commune, detur libera facultas aliquibus monasterijs sepeliendi corpora expiatorum. si tamen cum rectore parrochiali fratres fecerint pactū de nō sepeliēdo: valet talè pactum

In Odiosis verba proprijssimè intelligenda. 13

Singulare.

pactum, & non poterunt aliquem sepelire: etiamsi elegerint sepulturam, rationem subiungit, cum prędictum pactum indulto huiusmodi derogetur: & sic derogatur indulto, & deuenitur ad ius primæuum commune: facit glo. *in l. sæpè. de verb. sign. in gloss. fi.* vbi dicit Io. An. quod licèt partes iuris ordini renunciare non possunt, *vt not. in c. in causis de off. de.* tamen si per renunciationem, deueniamus ad ius cõmune, valet talis renunciatio. Nec in his plura sunt adducenda, si velis plura videre in proposito. Vide Fili *in c. tum accessissent de constit.*

Obiectio. ¶ Non obstat fundamentum, in quo Bal. se fundat. *l. iuris gentium §. si paciscar supra alle.* quod ius occidendi mihi competit tanquam ius publicum. Nã respondeo, quod etsi sit ius ex causa publica, est tamen ius voluntarium, & non necessariũ, ideo ex tali iure voluntas nõ impeditur. Ergo bene constat, quod pactum valeat. Nam etsi publica sit causa occidere tales: ista tñ causa fundatur ex dispositione statuti: quæ dispositio ad voluntatem se refert, & ita est concludendum contra doctores, cui opinioni faueas, quia saltem benignior est.

14 Pono † tamen, quod doctorum conclusio vera esset, ꝙ quis ex publico iure, nõ obstante promissione, posset occidere: etiam tunc considerandum est, quod si ego occidi eum, ex causa vel odio particulari: talis occisio non est licita, nec impunibilis. Sed prout licentia, & ius occidendi ex publica causa competit: ita ob Reipublicæ & pacis

pacis vtilitatem, debet occisio contigisse: aliàs si ex odio priuato: punietur delinquens: eò maximè, quod cõtrarium ptomisisset. Hoc sumpsi ex Augusti *in d. c. noli existimare*, vbi dicit in hæc verba: itaque hostem pugnantem necessitas deprimat, non voluntas, & melius in c. seq. nocendi cupiditas, vlciscendi crudelitas, implacatus atque implacibilis animus, feritas bellandi, libido dominandi, & si quæ similia hæc sunt quæ in bello iure culpantur, quæ plerumque etiam iure puniuntur, itaque ista occidendi impunitas, prout permittitur ex publica causa, ita ex eadem fieri debet. Vnde id quod dicit Bar. *in l. qui seruum mihi. de verb. oblig. & in d. §. non fuit. l. 1. de dolo.* quod si cum inimico feci pacẽ, & posteà ipse bãnit, itaq; impunè occidi põt: ꝙ nõ obstãte pace, & promissione de non offendẽdo, possum eũ offendere: tñ etsi offensio esset licita, debet intelligi ex publica causa, non autem ex inimicitia particulari, ꝙ si probaretur, non impunè offendisset. His satis cõsonat sententia Marc. Tull. *tertio lib. offi. c. 1. vsq. ad finem.* vbi inquit, nam si quid ab homine, ad vllam partem vtilitatis tuæ causa detraxerit, inhumanè feceris contraque naturæ legem: sin autem is tu sis, qui multam vtilitatem reipublicæ atq; hominum societati, si in vita remaneas, afferre possis, si quid ob eam causam alteri detraxeris, non sit reprehendendum. Itaque ponderandum est, ex qua causa id fiat, an vtilitatis propriæ, vel indignationis particularis,

Publicæ vtilitatis causa multa conceduntur.

cularis, vel publicæ causa. Nec obstat quod de tyranno idem Tul. subdit, nulla enim societas nobis cum tyrannis, sed potius summa distractio est: nec est contra naturam spoliare eum si possis: quem honestum est necare: atq; hoc omne genus tyrannorum pestiferum atq; impium, ex hominum societate exterminādum est: hæc ipse. Itaq; ista habent suam rationem in tyranno, non in bannito: tyrannus enim, nec vir bonus: nec anim⁹ iustus, aut liber eum ferre potest. In quo singulare exemplū Catonis prioris, qui Porcius dicebatur, huic loco accomodabo. Nam in illo magni animi viro, etsi magna adoleuerit virtus, inerat quoque ipsa natura, qui cum puer à Pędagogo suo Sarpedone, salutatum Syllam tyrannum adduceretur: & numerosa capita ciuium dannatorū & proscriptorum in atrio vidisset: atrocitate rei cummotus: Pædagogum interrogauit causam: quare nō inueniretur, quia tam creudelē tyrannum occideret: Qui cum respondisset, quod salus tyranni magno militum præsidio custodiretur; eum, vt ferrum sibi daret, obsecrauit, affirmando perfacilè se interfecturum: quia Catonē in lecto recipere solebat: Quod refert Valerius *in li. 3. cap. de indole.* Idcirco tyrānū interficere ipsa natura iustum est: quia vnicuique, & Reipublicæ obstat: & idem est in bānito, si bannum fuisset ex hac causa aliàs eum non licet occidere, nisi ex publca causa, & nō ex priuata inimicitia. Sed hui⁹ rei probatio ex conie-

Singulare.

Tyrannus omnibus nocet.

Digitized by Google

coniecturis fit, *vt l. dolum. C. de dolo.* ¶ Infertur ẽt 15
ex superioribus verus intellectus in quæstiõe quam ponit Cynus. *in l. præsenti. C. de his qui ad Eccle. con. in finalibus verbis.* vbi quærit: quid si iudex malefactori fidem impunitatis dedit, & sic extraxit ab Ecclesia. In quo distingue: aut extraxit ab Ecclesia in casu in quo debebat immunitate gaudere & tunc certum est, quod eum punire nõ potest, & obseruatur, ordo autẽ. *de manda. principum §. neq;* aut extraxit in casu. quo immunitate gaudere non poterat: & tunc dico, quod non obstante fide, pōt eum iudicare, quia in hoc versatur ius cõmune & publicum, cui renunciare nõ potest. *vt l. relegati infra. de pœnis.* Id tamẽ intelligo, ꝙ iudex fidem dando, eãque frangẽdo malè facit, nec hic erit bonꝰ dolus: vt doctores credunt: quia in frangenda fide nihil boni, nec dolus bonus esse potest: facit §. nec fuit. in quo ipsi faciunt fundamentũ. ¶ Adeo ꝙ si subtilius rem contingamus, si quis ad Ecclesiam aufugit, in casu quo ab ea extrahi poterat: & iudex cum non posset eum extrahere, fidem dedit eum iterum ad Ecclesiam ducturum: quod securus secum iret. Dicendum est, quod debet omnino eum in eundem statum reponere, quia fidem dedit: & quamuis fides de non condemnando ad mortem vel ad cruciatus, non possit seruari, quia tenetur eum condemnare: tamen fides in proposita quæstione, non est absoluendi eum aut indemnem à delicto omittẽdi sed

In fide frangenda nihil boni esse potest

ditis illatas: Hoc probatur tali argumento, q[uia] pactis conuentio est publica *vt in l. nostra.* Sed ex causa publica possunt res priuatorum capi. *l. item si verberatum §. 1. infra de rei vendi. l. Lucius. ff. de euectionibus.* Ergo eodem modo pacis causa, & damna & iniurias remittere. ¶ Sed de intellectu illorum iurium. *in l. item* verberatum *& l. Lucius* vide Barto. *in Proœ. fforum. quasi ad finem*, & nota quod ipse est varius ibi & in l. *Antiochensiũ. infra de prin. creditorum: vide doctores cano. in c. in nostra de iniurijs. & in c. quæ in Ecclesiarum de consti. & Legistas in l. fi. C. si contra ius vel vtil. publicam.* † Item 18
Paulus de castro per modum oppo. notat ex textu. nostro. quod in l. nostra legitima conuentio ponitur, vt distincta species à conuentione iurisgentium: Ergo legitima conuentio non est iurisgentium, & sic cum regulariter omnes conuentiones sint iurisgentium, exceptis quibusdam, quæ sunt iuris ciuilis, *vt l. ex hoc iure. de iusti. & iure. su.* intelligendum est, quod illæ conuentiones, quæ ibi excipiuntur, sunt legitimæ: quod etiam notatur *in l. seq. in prin. glo.* magnæ, & ita intelligi debet tex. *in l. seq. & in nostra.* l. Nec obstat arg. quod potest fieri ex l. seq. Obiectio.
vbi legitima est quæ confirmatur. lege quia confirmatio non dat, nec disponit, sed confirmatum roborat, *vt per totum titulum de confirma. vtil. vel inutil. extra l. & quia supra de iuris. om. iudic.* ergo legitima conuentio non est illa, quæ fuit inuenta & data à legibus, sed à iure gentium, & sic non differunt contra nostrum text.

Legitima conuentio quæ sit.

Sed hoc argumento non obstante, propositum est verum, ideò soluitur argumentum, quod in lege sequenti non est propriè confirmatio, sed confirmari dicitur eo ipso, quòd per legem inducitur. Hoc ex quodam simili probatur, nam secundum Canonistas, collatio exempli habet vim electionis & confirmationis: ita inductio, quæ fit per leges ciuiles, habet vim inductionis & cõfirmationis, ideo dicitur confirmari. Hæc sunt verba Pauli. Sed ego sæpius ægrè fero Iurisconsultorum im͞ppriationes. Ideo † considero, quod alia est cõ-
19 uentio in genero suo, prout stat in solo conuentionis nomine: alia est conuentio prout consideratur in specie formata, & nominata, aut roborata: vt notatur & clarè patet *in l. 1. §. fi. supra eo.* Vnde prout est conuentio in genere suo, vel in specie, inquantum conuentio: semper est iurisgentium, vel naturalis: nam in stipulatione verũest, cõuentionẽ inesse *l. 1 §. adeo supra eo. & l. obligationum substantia infra de oblig. & act.* & ideo dicimus ex stipulatione, naturaliter & iuregentium obligari, *vt notatur in eo. §. adeo. & ibi latè dixi.* quia non possumus negare consensum inesse, ergo naturaliter & iuregentium obligatur. *vt l. pirma supra eodem in princip.* Conuentio ergò aliquando confirmatur à iure ciuili, siue per introdnctionem formæ: siue ex conuentione informi, & nuda, dando actionem: & tunc dicitur lege ciuili confimari,

Digitized by Google

ri, quam confimationem, intelligo respectu couentionis, quæ est iurisgentium, & ita propriè loquitur text. in l. sequenti, & secundum hoc, legitima conuentio non differtà conuentione iurisgentium confirmata.

¶ Sed differt ab alijs conuentionibus iurisgentium informibus, quia stant in solo nomine conuentionis. *vt patet in princip. l. iurisgentium.* vnde patet, quod omnis conuentio est iurisgentium, prout conuentio, & secundum hoc, conuentio à lege ciuili confirmata, siue per formam, siue per robur, dicitur etiam iurisgentium.

¶ Sed si veniamus ad diuisionem: aliquæ conuentiones confirmantur à iure ciuili, aliæ stant in solis terminis iurisgentium, & ita procedit diuisio nostri text. & lex ex hoc iure supra alleg. facit tex. §. omnium, instit. de oblig. vbi iurisgentium obligationes sunt ciuiles ea ratione, quòd leges ciuiles eas comprobauerunt. Sed fortius poterat argumentari Pau. de cast. Videmus enim in isto tex. quod legitima differt à iurisgentium conuocatione: & legitima dicitur à confirmatione legis ciuilis, *vt l. sequenti.* Sed ego video, quod omnis contractus nominatus iurisgentium, dicitur confirmatione iuris ciuilis. *vt in l. ex hoc iure de iusti. & iu. secundum Bart. & probatur in l. iurisgentium in §. sed etsi in alium. verb. Et hinc nasci ciuilem obligationem. & Instit. de obligat. §. omnium. & ibi gloss.* Obiectio.

M 2 Ergo

credendum est, quod si per mensem promitterent duces non inuicem lacessere, induciæ appellarentur: quas etiam hoderno sermone appellaremus treugam ad mensem. Credo certè, quod si Accursius continuum bellum circum Bononiam & in Cisalpina Gallia, prout nos, vidisset, aliter sensisset: sed pacis tempore, de verbi bellici significatione nō curauit. ¶ Secundò nota ex glo. † ꝙ legatis, tam per legem quàm etiam per tacitam conuentionem, quæ ex l. resultat, debetur securitas. Vnde infero, quod dux vel princeps legatos pulsans, aut iniuriam eis faciens, dicetur fidei fractor: ex quo euenit, vt per summum pontificem talis iniuria exposci potest, cum in hoc sit iudex omnium. *vt in c. nouit de iudicijs*. Et non solum ista ratione, sed etiam alia, quia legatos iniuriari aut pulsari, contra ius gentium est. *vt in l. fi. infra. de legationibus*. Sed gētium iura, cum sint naturalia, eorum transgressio inducit peccatum. *vt in c. fi. de consue.* ¶ Hæc tamen ita intelligo, quod legatorum securitas est de iure gentium, tamen pœna contra ius gentium delinquentium, est de iure ciuili, quæ quidem pœna est vt qui legatum pulsauerit: hostibus quorum sunt legati tradatur. Itaque securitas est iuris gen. pœna aūt est iuris ciuilis, sed etiam securitas dicetur iuris ciuilis confirmatione. Et ita intelligo gloss. Adde quod populi Romani factum magna laude publicæ fertur apud Valerium in 6. lib. capite de fide publica, quod cum legatos

21

Pontifex iudex omnium.

Legati violati pœna.

ab vrbe Appolonia Romanis missos, quidam Romani, orta conuentione pulsassent dediti sunt eis, & missus est Quæstor cum auxilio, ne cognati vim inferrent. Ex quo benè colligitur, quod etiam dediti securè sunt mittendi, & in hoc magna est diligentia adhibenda. ¶ Tertiò noto ex mente glo. quòd leges latè ab Imperatore, vel populo, vel principe, circa res proprias, aut ad eos tangentes, habent eorũ tacitam conuentionem, quod habet summam rationem. Nam si leges de se faciunt: certum est eos id, quod disponunt consentire, vnde si consentiunt, sequitur tacitè cõuenire, aut melius habere vim pollicitationis: quod adde ad tradita *in c. 1. de proba, & in epistola inter claras. C. de sum ma tri. & fi. catho.* vnde in proposito infero, quòd cum lex Romanorum sit lata, vt pulsans legatum hostibus tradatur, & id videatur cum hoste conuenisse; ad talem cõuentionem obseruandam iure canonico per Romanum Pontificem compelli potest, *vt in c. 1. de Pactis.* Fortunius Garcia. I. V. doctor.

Patientia cõsensum indicat.

S V M M A R I V M.

1 *Conuentio legitima quæ dicatur ex numero. 3. & 5.*

2 *Pactum lege aliqua confirmatum censeri legitimũ & an actionem producat num. 10. & 15.*

4 *Actionem nasci ex omni conuentione, quam lex confirmat vel adiuuat, & num. 8.*

6 *Conuen-*

Digitized by Google

8 Conuentiones iurisgentium, quales sunt, emptio, locatio, commodatum, & similes an debeant dici legitimæ ex eo, quod per legem ciuilem approbentur & n u. sequen.

9 Obligationem & actionem ex omni oriri approbatione legis, interueniente super aliquo actu.

11 Contractus qui à iure ciuili sint introducti.

12 Contractus forma in literarum obligatione an sit à iure ciuili introducta.

13 Emphiteusis contractus sit ne à iure ciuili introductus.

14 Donationis pactum nudum, an producat actionem & num. 16.

17 Condictionem ex l. si quis argentum, non oriri ex donationis pacto, contra, quàm senserit Bart. & num sequen.

19 Pactum de donando esse donationem.

20 Dotis contractum esse iurisgentium, & an sit cõtractus nominatus.

21 Inutiliter gestum, magis operari, quàm omninò emissum.

22 Dotis nudæ promißioni, an fingatur interposita stipulatio fauore mari contra vxorem.

23 Stipulatio ad quid fingatur, apposita in promisßione dotis.

24 Dotis promißio nuda producit actionem.

25 Intellectus ad l. vnicam. §. & vt plenius. C. de rei vxor. actio.

26 *Stipulatio ficta quæ præsumitur interposita in promissione nuda dotis, an tollat actionem quæ ex pacto nudo dotis oritur.*

27 *Dotis promissio an dicatur dos, an vero differat ab ea.*

28 *Pactum nudum iure Prætorio comprobatum, an producat actionem. & num. 31.*

29 *Pignoris conuentio sit ne contractus nominatus.*

30 *Pignoris conuentio qua lege confirmatur, vt actionem producat.*

32 *Vsurarum promissio ex causa frumenti alicui facta, vel ciuitati ex alia causa, an sit legitima.*

33 *Intellectus ad l. vincam. C. de suffrag.*

34 *Honorarium aduocato efficicaciter deberi etiam ex pacto nudo.*

35 *Pactum de quota litis interpositum, lite iam in iudicium deducta, valere, ac ex eo posse efficaciter agi.*

36 *Pactum interpositum au hærede cum fideicommissario super solutione legatorum efficax esse, ob id, quod lege confirmatur. & numero 72. & 75.*

37 *Pactum nudum interpositum super eo, quod est per legem debitum, efficax esse ad producendam actionem, cuius contrarium vide amplissimè deductum. num. 39.*

38 *Mutuum ab aliquo accepturus si mulierem adhibuit, quæ pro eo, contraheret, conuenietur cum actione, qua mulier poterat conueniri & mulier ab obligatione eximetur, & num. 39.*

40 Inte-

Digitized by Google

40 Intellectus ad l. inter socerum, §. conuenit ff. de pact. dotalibus.

41 Electio de constituta non est necessaria, vbi ex pacto oritur actio virtute legis, illud confirmantis.

42 Actio de constituta an possit concurrere cum alia actione, & num. 55.

43 Constitutũ sit ne cõtractus nominatus & nu. 84.

44 Constituti contractus habet à Pretore nomen, actionem & formam.

45 Fide iussionem non posse dici, nisi fiat per stipulationem.

46 Constituti contractus possit necne super eo interponi, quod alijs ex aliqua parte iuris debetur.

47 Constitutum quomodo fieri debeat, vt actio de constituto competat.

48 Intellectus ad §. de constituta, institu. de actionibus & nu. sequenti.

50 Intellectus ad l. 1. §. eum qui ff. de constitu. pecu.

51 Actionem ex constituto oriri, non esse contra regulas iuris communis.

52 Constitutum etiam per verba stipulationi conuenientia celebratum parit actionem constituti.

53 Promittens aliquid per stipulationem tanquam debitum quod non est debitum, obligatur vt ex stipulatione, non vt ex constituto.

54 Constitutum non posse subsistere sine debito precedente.

56 Actio iniuriarum vel furti quare tollatur per pactum nudum 2. num. 58.

67 Pactum nudum non habens iuuamen, à lege tollit naturalem obligationem & an etiam ciuilem.

82 Sti-

Digitized by Google

82 *Stipulationem alteri factam continere in se naturalem obligationem.*
83 *Conuentiones quot modis dicentur legitimæ.*
85 *Pactum confirmatum per legẽ non solum resoluit naturalem obligationem, sed etiam ciuilem.*
86 *Conditio ex lege quando competat.*

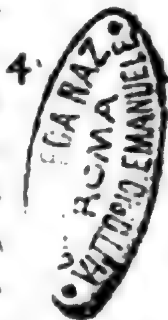
LEGITIMA. Ista lex in duas diuiditur partes. In prima declarat primum membrũ distinctionis positæ in lege superiori. In secunda infert ex declaratione, & eam illationem declarat. Considero quod supra visum est, conuentionum alias esse iurisgentium, alias esse legitimas. Quæro quæ † sint legitimæ & ad verũ intellectum vt su. quasi ad finem legis superioris ostendebam, est intuẽdum, quod omnis conuentio, prout est conuentio, habet vim à lege naturæ, & à iure gentium *vt. §. adeo. l. 1. su. eo.* Sed aliquę cõuentiones confirmantur à lege ciuili: aliquando in conuentionibus introducendo formã, & essentialia, vt in stipulatione, in qua à iure ciuili datur forma *vt Insti. eo. in prin. & l. 5. §. stipulatio. ff. eo.* aliquãdo dãdo cõtractib' nomen naturã & ꝓpriã actio. *vt Insti. de locato & conducto. §. adeo.* aliquñ dãdo cõuentionib. actio. & obligationem tãtũ, vt inferiùs ostendam: nã confirmatio legis in hoc stat maximè. s. ꝙ lex facit conuentionẽ efficacem, ex ea dando actionẽ & obligationem. His ergò breuiter declaratis, legitima conuentio est, quæ lege aliqua confirmatur 1

hæc

hæc est prima pars, quoniam intelligo, siue lex ciuilis confirmet introducendo formam, siue introducendo nomen, siue introducẽdo obligationem: quia in omnibus istis casibus inintroducitur obligatio, ex qua dicitur pactum confirmari & esse legitimum. Et ita declaro primam partem, ex qua venio ad secundam.
2 Nã † si verum est, quod legitima conuentio est, quam lex confirmat, & legis confirmatio facit efficacem ipsam conuentionem, sequitur, quod pactum interdum erit legitimum, quia lege aliquando confirmatur & adiuuatur: & tunc ex eo nascitur actio, si ad obligandum agat tollitur ipso iure actio, si ad liberandum agatur. Itaque pactum nudum, quotiens lege confirmatur, erit conuentio legitima, & ita potest saluari primus intellectus glos. nec erit generalior illatio ipso principio. Ex his remanet satis clarus text. iste, quem & glossę & doctores adeo inuoluerunt, vt magno processu sit necesse eorum dicta exarare. Sed pri-
3 mò text. † in aliquibus notabo. ¶ Noto ergo: quod conuentio dicitur legitima ex confirmatione, non ex inductione, quia inquantum conuentio: omnis cõsensus est naturalis: hoc non solùm probatur per *legem primam. §. adeo. su. eo. Sed in lege nostra.* verbo, cõfirmari. probatur etiã in verbo adiuuatur. Hoc teneo, quicquid dicat *Paul. de Cast. hic & in l. præcedenti.* q̃ etiam probo: Nam stipulatio si peccat in forma, non est stipulatio: potest tamen esse pactum,

Digitized by Google

ctum, si verum est, quod partes consenserũt: *vt probatur in l. An inutilis de accep. infra.* Ergo cõuentio illa non fuit introducta à iure ciuili, quia quo ad ius ciuile nulla est, & non est legitima vt in text. nostro, & tamen est aliqua. Et sic videmus, ꝙ cõfirmatio, de qua in. l. nostra. et in stipulatione non inducit cõuentionem, sed solennitatem formalem ipsius conuentionis. ¶Secũdò noto, † quod quoties lex confir- 4
mat, vel adiuuat conuentionem, nascitur ex conuẽtione actio: Ex quo infero contra Paulum, Bart. & alios, quod ex pacto donationis oritur actio. Probatur *in. §. perficiũtur Insti. de dona.* ibi iuuamen recipit ex. l. nostra, de quo inferius plura. ¶Tertiò noto, † quod legitima 5
dicitur conuentio ea ratione, quia aut lege cõfirmatur, aut adiuuatur. Item confirmatio aut iuuamen consistit in hoc, quod ex conuentione nascatur actio. Hoc colligo ex illatione, quam facit tex. Vnde concluditur, ob hoc præcipuè dici legitimas conuentiones, quia eas lex fecit efficaces, actione & obliga- 6
tione. † Contra hoc oppono: Certum est, ꝙ Obiectio.
illæ conuentiones, quæ sunt iurisgen, vt emptio, venditio, locatio, cõmodatum, & cęteri similes, approbãtur à iure ciuili, & ex illa approbatione oritur obligatio ciuilis, & ex obligatione actio, vt tenet glo. *insti. de verbo. obli. in* Cõmunis
prin. Bart. in. l. ex hoc iure. in 5. col. su de iust. & iure. opinio.
& ibi omnes sequuntur: Probatur in lege, iurisgen. §. Sed etsi in alium. ibi & hinc nasci ciuilem. & instit. de obliga-


BIBLIOTECA NAZ. VITTORIO EMANUELE ROMA

Commu-nis opinio.

obligationibus. in fi. iuncta definitione obligationis. l. natural. §. & si quidem. de præs. verbis. Ergò malè dicitur in tex. nostro, eas esse legitimas, quæ à iure ciuili confirmantur, cum etiam conuentiones iurisgentium confirmentur à iure ciuili, & tamen legitimas voluit dicere distinctas à conuentionibus gentium, vt patet ex lege superiori, & ex lege nostra, & ex lege iurisgentium, in prin. Hæc est difficilis oppositio, quam nullus tangit, quem ego viderim, & secundum doctorum intentionem potest responderi, quod hîc: Etsi text loquatur de confirmatione per inductionem, quia qui inducit aliquid, etiam confirmat, vt Pau. de Cast. dicebat de Episcopo, qui conferebat beneficium. Et ita isto modo procedunt allegationes glo. in prin. stipulationis literarũ obligationis, emphiteuseos, & sponsalicię largitatis: Nam isti contra ius de nouo fuerunt inducti à iure ciuili, & tamen dicuntur legitimi, & cõfirmati ab eodẽ iure. ¶ Sed ista responsio stare nõ potest: Primò, q a superius ostendebã, eam nõ esse bonã. Secundò, quia nõ congruit illationi tex. cum ea ratione, quod conuentio à lege confirmata sit, legitima infertur, quod pactum aliàs nudum, si lege consumetur, legitimum appelletur, & pariat actionem &c. Ecce quod pactum nudum est iurisgentium, *vt in l. infra proxima,* tamen legis confirmatione fit legitimum, nec tale pactum induxit lex ciuilis: ergo non eam solùm intelligit confirmationem

Qui inducit aliquid confirmat.

tionē, quæ ſumitur ex inductione: Imò omnis confirmatio cuiuſlibet cõuentionis, ſiue ſit ex inductione, ſiue ex alia confirmatione efficit conuentionem legitimam. Vnde credo, quod argumentum ſuperiùs ſit validum. ¶ Primò per idem argumentum, quod habet validam rationem. ¶ Secundò per rationes, ex quibus diſſentio à Pau. de caſt. quas poſui quaſi ad finem legis præcedẽtis, & tetigi ſuperius. ¶ Tertiò per tex. noſtrum, quia certum eſt pactum nudum iuriſgen. eſſe, ſed quia lege confirmatur, dicitur legitima conuentio. Sic ergò emptio, venditio, locatio, ſocietas, etſi ſint iuriſgen. tamen cum lege ciuili confirmentur, ex cõfirmatione efficiuntur legitimę à lege ciuili. ¶ Quartò, quia ex text. noſtro collegi, ꝙ legitimę ideò appellabãtur, quia lex roborabat ad actiones ex his oriũdas, & in hoc cõſiſtit cõfirmatio, vt apparet ex l. noſtra. Sed lex ciuilis, ex confirmatione facit emptiones efficaces, quia ex confirmatione naſcitur ciuilis obligatio, & ex obligatione ciuili actio ciuilis vt Bart. fatetur *in. l. ſi vnus. §. pactus. in 4. col. in fi. infra eo.* ꝓ quo habes bonũ text. Hîc ergò talis cõfirmatio cõuenit noſtro tex. ¶ Quintò, probatur per l. iuriſgẽ. cũ in prin. dicat aliquas iuriſg. conuentiones eſſe nominatas, alias ſine nomine: Et de his proſequitur in §. ſed etſi. Et dicit, quod etiam in cõuentione innominata, ſi inſit cauſa, naſcitur obligatio ciuilis. Sic ergò, vbicunq; obligatio ciuilis oritur, erit legiti-

legitima conuentio, vt in tex. nostro. *Et ita tenet ipse Pau. de Cast. in l. ex hoc iure. in fi.* ¶ Sextò facit, quia omnia nostra facimus &c. Nam si iusta dicitur à iure ciuili, vel legitima à lege, id quod à legibus approbatur, legitimum erit. Vnde, cum tales contractus sint approbati, erunt legitimi. ¶ Facit septimò tex. *l. Tale pactum.* ¶ *Qui prouocauit. infra. eo.* Maximè secundũ Bar. intellectum, quem ponit in fine. quod iusta conuentio appellatur ibidem, quia lege confirmatur: Ideo talis conuentio habet actioné, quia cum iusta sit, erit etiam legitima per text. nostrum. Ita ergo in l. nostra. De empt. & vẽdi. & cęteris similibus contractibus idem poterit dici. Et hanc conclusionem melius cõfirmabis, si duas opiniones meas credideris veras, quarum primam tenebo in l. iurisgen. infra eo. §. Quod isti contractus iurisgen. nominati, nullam haberent actionem, nec obligationem, nec efficaciam, nisi à iure ciuili approbarentur. Reliquã in l. si vnus. §. pactus. Quod ex sola ciuili obligatione, etiam in his
7 contractibus nascatur actio. ¶ Habemus ergo conclusum, quod etiam contractus iurisgentium nominati, appallabuntur legitimi, & cõprehendũtur in prima parte istius legis, quod adde ad principium glo. nostræ & omnibus doctoribus, tantum in ciuilibus contractibus. i. à iureciuili inductis. text. nostrum intelligentibus. Sed stat argumentum fortissimum, de diuisione legis præcedentis, vbi à conuentioni-

Digitized by Google

tionibus iurisgen. distinguuntur legitimæ. Fateor, quod distinguuntur, tamē in quo distinguantur, declaratur per text. nostrum. s. à cōfirmatione legali: Nam quæ legibús confirmantur, legitimæ erunt: quæ verò non confirmantur, solum cum iuregen. remanent: Itaque distinctio declaratur confirmatione, non tantum productione, vt doctores censent, etiam si verum sit, quod contractus producti & à iure ciuili formati, censentur confirmati, & tam ex inductione, quam ex confirmatione, censentur legitimi. ¶ Item stat argumentum *legis iurisgen. in prim. infra eo.* Vbi tex. prosequirur diuisionem positam in l. conuētionum, & declarat, quæ sunt conuentiones iurisgentium, distinctæ à legitimis, & dicit, iurisgentium conuentiones, quasdam actiones parere quasdam exceptiones. Quæ pariunt actiones, in suo nomine non constant, sed transeunt in proprium nomen contractus, vt emptio &c. Respondeo, & possum fateri, quod prosequitur diuisionem præcedentem, non tamen eo modo quo doctores credunt. Nam dicit conuentiones iurisgentium aliquas parere actiones, tamen iste non constan- in suo nomine. s. conuentionum, nec iurisgētium: quia cum habeant actionem necessariò fiunt legitimę. Itaque conuentiones efficaces non intendit distinguere à legitimis, quod tibi probo necessariò: Pono pactum esse nudū certè erit iurisgē. per eundem tex. pono quod

confirmetur à lege ciuili, & tunc erit legitimũ per text. nostrum. Ergò lex iurisgen. non distinguit omnes conuentiones iurisgen. à conuentionibus legitimis, quod etiam probatur, *in §. sed. Et si.* Vbi eadem conuentio iurisgentium efficitur legitima, ea ergò conuentio, distinguitur à legitima, quæ non pariat actionẽ, aliàs si actionem parit, necessariò erit legitima. Etsi verum sit, etiam esse iurisgentiũ, confirmata à lege ciuili, & sic distinguitur à non confirmatis. Sed oppono *Ex l. ex, iure de iustit. & iu.* Vbi contractus sunt iurisgen. vt emptiones venditiones, &c. Respondeo quòd ibi sit differentia à productione non autem cõfirmatione vt in tex. nostro. Imo ibi doctores fatentur vt dixi, quòd confirmatione, vel approbatione omnes contractus sunt ciuiles, intelligo de efficacibus. ¶ Ex his infero nouã conclusionẽ, quod hodiè nulla est conuentio licita, quæ nõ sit legitima, quia à iure canonico, etiam ex cõuentionibus simplicibus oritur actio, & comprobatur: *vt in c. 1. isto titu.* secundum communem opinionem, quam, *aut ibi aut in l. sequen. §. sed cum nulla*, pulchrè defendam. Vnde distinctio legis superioris, etsi sit vera, quo ad leges, quo ad canones non procedit. ¶ Noto quartò istum text. quod obligatoria conuentio, vbi habet fomentum, vel robur à lege, vel senatusconsulto, parit efficacem actionem. Et è contrario liberatoria cõuentio, vbi habet robur à lege, vel senatusconsulto, parit plenam

Communis opinio.

ipso

Digitized by Google

ipso iure liberationem. Sed contrà hoc oppono: Certum est quòd pacta legibus approbata sunt, *vt in l.iurisgen.§. Prætor.* Vbi Prætor ait, pacta seruabo, In tantum, quod lex, si quis in conscribendo. C. de pactis. dicit, pacta omnino esse seruanda: Ergo omne pactum erit legitimum, cum lege seruandum præcipiatur, & per cōsequēs, dabitur actio per tex. nostrū, quod est contra legem iurisgen. in prin. & §. sed cum nulla. Respōdeo quod cautè dicit lex nostra *à lege vel Senatus consulto.* Secus si à prætore, quia istæ partes iuris ciuilis maximè differunt. *vt in l.ius ciuile.la.2. de insti.& in §. quos autem Insti. de bo, poss.* sed huius causam, quam labore meo inueni, satis clarè ostendā in d. §. Prætor; tamen cōtra Solut. obstat prædicta lex: si quis in conscribendo: Vbi à lege præcipitur, pacta omninò esse seruanda. Respondeo, quod etsi lex sit Iustiniani, refert se ad edictum Prętoris. Vnde secundum eum intelligere debemus vt patet in bonorum possessionibus, & in omnibus legibus, edicta declarātibus. ¶ Item oppono *de.c.pactum. extra de verb. sign.* Vbi dicitur, pactum esse inter partes, conueniens scriptura, legibus, aut moribus, comprobata. Ecce quòd quodlibet pactum est legibus comprobatum: Responde, quod leges appellat etiam dispositiones Prętorias, quas in materia nostra distinguimus à legib. vel leges appellat canones. Vel responde secūdū glo. ibi. ꝙ ideo dicit legibus pacta comprobari, quia nisi fiant secundum

Pacti definitio.

auct. sacra. pub. C. Si aduersus ven. in verbo seruandum. Maximè nota illum. §. per traditionem, quem ego non inuenio notatum, nec mireris si loquatur in domini translatione: Nam ad obligationem eadem est ratio, *vt per Bal. in. l. pacta nouissima. C. eo facit quod traditur in l. ex hoc iure. su. de iusti. & iure.* Vbi contractus iurisgen. à iure ciuili approbantur, & ex illa approbatione nascitur ciuilis obligatio, quod adde ad opin. *Bar. in. l. si vnus. §. pactus infra eo. in 4. col. in fin.* Vbi dicebat, quod approbare nihil est, nisi obligation ẽ inducere. Cætera parte vide, quia accumulare mihi alienum est, sed laborare in inuestigatione proprium. Vtrum autem instrumentum guarentigiatum, quod ab statuto habet executionem paratam, si in eodem ponat pactum, censeatur efficax per legem nostram. Tenuit Bald. quod sic, & plures alij cum eo, tamen do. Iaso. eum impugnat cum pluribus alijs, & nos defendemus Bal. *in l. infra. proxima. §. sed cum nulla.*

Approbare

Instrumẽtum guarentigiatum.

¶ Vltimò dominus Iason notat, & ponderat textum nostrũ, in verbo aliqua lege: quia non dicit simpliciter de lege, & de natura dictionis aliqua est causare, vt terminus, cui addicitur sumatur largè, & impropriè: *vt in cle. i. de foro compe.* Hoc ergo modo in textu. nostro benè concluduntur plebiscitum Senatus consultum, & ius prætorium, quæ sunt partes iuris ciuilis, *vt l. 2. de orig. in. §. nouissimè. & l. ius ciuile. la secunda. su. de iusti. & iu.* Et ideò glo. benè

exemplificat istum tex. in approbatione iuris Prætorij. per illud verbum lege aliqua &c. Sed
10 vt superius tetigi falsum videtur, quod in iure Prætorio possit exemplificari: quia à Prætore omnia pacta licita approbantur: vt patet in edicto Prætorio, & tamen ex his non datur actio, Sed exceptio tantum, *vt infra l. proxi.* & ꝙ Prætor dicat seruanda omnia pacta tàm nuda quàm vestita. patet. *l. 1. su. eo.* vbi edicti intentio declaratur, & verbum conuentionis, positum in edicto, ad omnem consensum verificatur: & tamen non ex omni conuentione dat actio. vt patet ex nostro tex. sed interdū: ergo de approbatione Prętoris nō potest verificari. Dicere autem, quod dicit Bal. in *l. ex placito. C. de re. permu. in 2. col.* quod ideo ex edicto non nascitur actio: quia edictum est caussa vniuersalis, & causæ vniuersales sine particularibus nihil agunt: vt sol per se nihil gignit, &c. Hoc est leue dictū, quia causa vniuersalis ex pacto ꝓducere potest actionem: vt etiam dicimus de iure canonico, quia ideo, quia pacta sunt seruanda, nascitur ex quolibet pacto actio, & verum est, prout ipsa veritas, quod si lex ciuilis præciperet pacta esse seruāda: orietur ex quolibet pacto per tex. nostrum. & forsan si Prætor præciperet, daretur, actio prętoria. de quo dicam in declarione edicti.

Vniuersalis causa sine particulari nihil agit.

GLOSSARVM Interpretatio.

¶ Venio ad glo. & quia intricata nimis est eá diuido in quatuor partes principales, In prima no-

Digitized by Google

ma nostrã l. in principio exẽplificat quatuor exemplis, in 2. glo. continuat ver. & ideò. ad superiora, & exemplificat duobus modis conuẽtionem obligatoriã: in 3. glo. exemplificat de conuentione liberatoria, & hoc duobus modis. s. per senatuscõsultũ & per l. Quartò & vltimò opponit & soluit: secunda, ibi & ꝙ sequitur: tertia ibi colligitur, quarta ibi. sed òpponitur. In prima ergo parte glo. exẽplificat tex. in contractib. à iure ciuili inductis, & ponit quatuor exẽpla, vnde eius intentio secundum doctores est: ꝙ tex. iste in prima parte de conuẽtionibus tantùm à l. ciuili inductis, loquitur. & ita Bar. tenet & cæteri sequũtur: Sed vt supra dixi, ego aliter intelligo: nõ tamẽ nego has cõuẽtiones à glossa enarratas esse legitimas, quæ sunt quatuor, & si Bar. dicat quinq; esse: & addit contractum cõstituti, quẽ adducere in ꝓposito, nõ fuit intentionis glo. occasio tamen deceptionis fuit: q a glo. alleg. §. de consti. Inst. de act. Sed glo. §. alleg. ad ꝓbandũ, ꝙ verborũ obligatio sit inducta à mero iure ciuili & non à iure gentiũ: & ita etiã ibi glo. fi. ex text. id notat. Itaq; ille. §. ad verborũ oblig. allegatur, nõ ad constituti oblig. & eosdem contract. & easdem alle. inueniens *in. l. ex hoc iure in vl. glo. ff. de iust. & iure.* & ita Bart. solùm quatuor contractus intelligit à iure ciuili inductos super illa glo. quasi ad finẽ lecturę. cui est similis. *in. §. ius aũt gentiũ Inst. de iu. na. gen. & ciui. in glo. pen.* Habemus † ergo ex glo. ꝙ isti quatuor cõtract⁹ sunt à 11

Quatuor cõtractus à iure ciuili introducti.

iure ciuili inducti, & per consequens confirmati. s. obligatio verborum, contractus emphitheuticus, literarum contractus: & sponsalitia largitas. ¶ Sed opponit Bartolus cum enim isti contractus à iure ciuili inducantur, apparet quod non contineantur sub nomine conuentionis, quæ est de iuregentium: nam conuentio fuit à iure gentium & ante ius ciuile: isti autem contractus à iure ciuili sunt producti. ergo non sunt iuris grntium. ¶ Respondet Bartol. quod licèt à lege post iusgentium inducantur, inducuntur tamen ex illa materia conuentionis, quæ continetur sub iurisgentium conuentionis genere: licèt ei detur nomen & forma à iure ciuili: quod probatur exemplo corporali, nam si de terra fieret vas ab aliquo: adhuc remanet sub genere terræ. sic etsi isti contractus fiant à iure ciuili, tamẽ cũ fiant ex cõuentione: erũt iuris gentiũ, inquatũ sunt cõuentiones: vnde Bar. exponit tex. confirmatur. idest, forma datur. ¶ Primò noto ex dictis Bartoli, confirmationem eorũ quæ dixi in l. superiori contra Paulum qui dicebat legitimas conuentiones non esse iurisgentium etiam inquantum conuentiones.

Obiectio.

¶ Secundò noto, quod contractus isti quatuor habent formam à lege ciuili, quod sine disceptatione fatendum est in stipulatione.
12 *vt instit. eodem in principio.* Sed † in literarum obligatione non inuenio contractus formam à iure ciuile introductam, & præsuppono quod

quod aliud est contractus, aliud obligatio, quæ ex contractu dicitur resultare vt notatur *.in l.1.in §. adeo. supra eodem Bart. in l. certi condictio in prin. infra si certum petatur.* Obligationes ergo introductæ sunt in his contractibus à iure ciuili, & ita loquitur text. *in l. ex hoc iure.* forma tamen contrahendi, etsi non esset cognita à iure gentium: tamen nec à iure ciuili fuit introducta. Immo ex vsu Romanorum, qui literis se debere scribebant, quod recepisse fatebantur: vnde ex illis literis ius dedit obligationem, quia talem modum contrahendi approbauit, quod clarè constat in principio *instit. de literarum obligatio.* vbi dicitur, olim scriptura fiebat obligatio quæ nominibus fieri dicebatur, quæ nomina nō sunt in vsu. Planè si quis se debere scripserit, quod sibi numeratum non est, post biennium scriptura obligatur: obligatio ergo est introducta non iter à iure ciuili: quia ius ciuile approbauit conuentionem, & ex approbatione oritur obligatio secundum intẽtionem tex. nostri, & si verum est conuentionem talem confirmatam esse à lege, non autem verum videtur, formatam esse. Vnde stat propriè noster tex. prout ergo iste contractus est facti, non est inductus à iure ciuili: prout verò est contractus iuris: inductus est a iure ciuili, & prout facti est, dicitur confirmari, & ex confirmatione efficitur iuris, nisi dicas, quod si consuetudine fuit inductus modus contrahendi, quod tantum est ac si lege, *vt Bar. in l.1. de*

condi. ex lege in vlt. col. Bal. hic. Sed oppono, nam secundum hoc, ista conuentio non est iurisgentium, si vsu tantum Romanorum fuit inuenta. Sol. Fateor, quo ad inuentionem specificam huius conuentionis, sed quia genus conuentionis est iurisgentium, & ista est conuentio, ideò erit iurisgentium, nam eo iure traditur, vt obseruetur omnis licita conuentio: *vt in l. 1. supra eodem.*

13 ¶ Idem dicendum est de contractu emphitheuscos, qui contractus vsu Romanorum fuit inductus, antequam sibi natura proprij cõtractus à iure ciuili condonaretur, vt patet *in §. adeo. Insti. de locato & conducto in prin.* Postea verò, quàm Romani, aut eorum subditi, tali vtebantur conuentione, quæ dubitabatur, an locatio esset, an emptio: Zenoniana constitutio lata est, quæ eam græco vocabulo emphitheusin appellauit, nomen adijciens proprium contractus, & dedit ei propriam naturam, & obligationem, ac si esset contractus iurisgentiũ nominatus. Vnde rectè dicitur istum contractum à lege Zenoniana confirmatum, & ideò
14 legitimum, & ita intelligo tex. nostrũm. ¶ Item idem fortè dicendum esset in sponsalitia largitate, nam eidem & nomen, & robur à lege ciuili. Sed eius formam ego non inuenio, nec Bart. docet: Immò videtur nimis dubitabile, quod dicit exponendo, quod exponitur. Cõfirmetur, idest formetur: Nam non requiritur forma ad hoc, vt contractus sit legitimus, sed

Digitized by Google

ſed tantùm cõfirmatio, quæ eſt quædam qualitas, vt etiam patet in illatione. Benè verum eſt, quòd ſi à lege formaretur aliqua conuentio, à fortiori erit legitima, quia á lege formatur, & in iſto caſu intrat vis & ratio noſtri tex, vt ſupra dixi. Et ita eſt in ſtipulatione, quæ formam habet à lege ciuili, etiam in contrahendo introductam, vt notatur *in l. ſi vnus §. pactus infra eod. & in l. ſtipulatio §. alteri cum ſimilibus de verb. oblig.* ¶ Sit itaque noſtræ legis intellectus, quod ſiue ſit contractus iurisgentium nominatus, ſiue contractus iurisciuilis, ſiue quælibet alia conuentio, dum à lege ciuili approbetur, erit conuentio legitima. Vnde benè infertur ex principio, id quod dicitur in fine. Et ſic venio ad ſecundam partem gloſſ. in qua non curo de prima parte eius, quia ſupra ſatis dictum eſt de intellectu text. Sed venio ad exempla.

¶ Primum exemplum gloſſæ eſt de donati- 15
one, nam ex pacto nudo oritur actio, propter legis confirmationem. *vt l. ſi quis argentum §. fi. de donat. Codice* iſtam gloſſ. reprehendit Bart. hîc, dicens quod ex pacto nudo donationis non oritur actio, ſed propter pactum oritur condictio ex lege, *vt in eadem l. ſi quis argentum.* Vnde cum hîc quæramus exempla, quando ex pacto nudo oritur actio. Iſtud exemplũ donationis non eſt congruum, cum ex pacto in ea nõ oriatur, pro cuius euidẽtia, magiſtraliter declarat, quod quandoq; lex non agit in ipſum pactum roborãdo ipſum, vt actionem produ-

producat, sed propter ipsum producitur, vt dictis legib' quandoq; lex agit in ipsum pactũ, ipsum roborando & tunc actio ex pacto oritur, *vt l. etiam infra de vsu. & l. lege obuenire infra de verb. signi.* Exemplum, Rex potest vnum paruum comitem facere potentem, vt ipse per se faciat bellum, potest etiam illnm paruum cõmitem dimittere in paupertate sua, sed propter ipsum facere bellũ. Hæc sunt verba Bar.
16 ꝙ ita videmus † quod ex vno pacto donationis non oritur actio, contra glo. Et idem tenet, *l. 1. de condi. ex lege.* Sed Bal. conatur saluare gloss. dicens, quod est congruum exemplum, quia etiamsi lex det actionem propter pactũ, potest dici confirmàri, & roborari, quia confirmatio semper terminatur ex mente & voluntate confirmãtis, *vt in l. ex verbis. C. de do. inter vi. & vxo.* Et voluntas est tantum confirmandi dando propter pactum, actionem. Sed Bald. prout quandoque facit, ita nunc negligenter hæc dixit, quia gloss. confirmationem in hoc specificat, vt ex pacto nudo donationis detur actio, eò maximè, quod secundum intellectũ doctorum adhuc non poterat congruere exemplum illationi huius text. Nec principio vt ipsi dicebant, & ita remanet gloss. ta m ã Bart. quam ab alijs impugnata. Fuerunt aliqui, qui contra Bart. glossam defendebant, sed Iason hîc & in §. in personam, dicit Bartolum bene dicere. ¶ Ego ostendam Bar. non rectè reprehendere. & si ipse vera dicit, glo, eandem i dem ipse

Digitized by Google

ipse approbat, & quod ea ipsa donatio confirmetur. Primò pondero tex. *in d. l. si quis argentum §. fi.* ibi liberalitate plenã ex nostra l. & pfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur. Si ergo plena & ipsa donatio, ergo ex ea oritur, non ob eam. Et sic comitem fecit potentem & plenum, non autem omisit eum in paupertate.

¶ Præterea, si perfectissima est talis cõuentio, illa est perfectissima qua alia præfectior dari non potest: *vt in l. vbi autem de verb. oblig.* Ergo non habebit hunc defectum, vt non possit parere actionem. Præterea perfectio ad essentiam donationis dirigitur, non ad effectũ, *vt patet.* quod etiam vltra probo per verba sequentia, cum subiungit, & necessarius traditionis effectus sequatur, quia tanquam quid diuersum ponitur. Effectus ergò à plenitudine ipsius contractus sequetur. Et iterum pondera, quod necessarius traditionis effectus puenit ab obligatiõe, quia est vinculum, & necessitas ad soluendum *vt instit de oblig. in princ. & hoc inferius ostendã.* Vnde si ex l. fit, plena & perfectissima lege iuuatur: Ergò per l. nostram ex pacto nascitur actio. Item probatur etiam clarè per tex. *in §. perficiuntur Insti. de Dona.* (vbi etiã eadem legis confirmatio refertur) dicit text. Perficiuntur autem donationes, cum donator scriptis, aut sine scriptis suam voluntatem ostenderit, & ad exemplum venditionis eas in se habere necessitatem traditionis, voluit nostra

ſtra conſtitutio, vt etiamſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectum robur; & traditionis neceſſitas incumbat donatori. Hæc ſunt verba tex. quem ſi Bar. & cæteri rectè cõſideraſſent, non reprehenderent glo. Primò ego pondera verba, *Perficiuntur donationes*. quia perfectio ad donationem ſe refert, ſecundò verba, *ad exemplum venditionis*. Cum ergò ex vẽditione naſcatur actio, ita ex pacto donationis. Et ſi reſpondeatur, quod in alio conſiſtit exempli ratio, falſum eſt per verba quæ ſubiungit, quia ad exemplum venditionis dicit in ſe habere neceſſitatem traditionis, in obligationem: quia illa eſt neceſſitas traditionis, vt ſupra dixi, & pondera, quod dicit in ſe, & non extra ſe: vt Bar. docet. Sed ſi opponas cum glo. ibi, quod ſecundum hoc, prout emptio eſt cõtractus nominatus, ita erit donatio, vel pactũ donationis. Ergò non eſt conuentio nuda; & ſic non congruit noſtris exemplis: Etiam hoc eſſet contra Bart. ſed de hoc videbimus in l. iurisgent. in princ. Item pondero in verbo pleniſſimum & perfectum robur. Nam ſi plenum habent robur, ergò lege iuuantur per tex. noſtrum. Vbi Bal. in notabilibus dicebat, quòd cõfirmatio, robur, & fomentum, erant nomina operantia idem, in noſtra materia. Sed quod operentur, declaratur per text. noſtrum, hoc eſt, vt ex nudis aliàs conuentionibus naſcitur actio, quantò magis, quando robur

Reſp. ſimilitudo donationis, & venditionis non in eo, vt vterque ſit contractus nominatus, ſed in eo, quod vt venditor ad rem tradendam tenetur ſic donator rem quam nudo pacto donauit donatori tradere eam cogitur §. *alio Inſtit. de donat.*

robur est firmissimum, & perfectum, quo firmius dari non potest, *vt in dicta l. vbi autem.* Item noto quod ipse Bar. fatetur, quod quando lex agit, in ipsum pactum, ipsum roborando, tunc ex pacto nascitur actio. Sed vidimus quam perfectissimè pactum donationis, à lege sit roboratum. Ergò ex eo oritur actio, etiam secundum Bart. & secundum text. nostrum, qui non potest negari. ¶ Respondeo ad fundumentum intentionis Bart. quia ipse, & alij tenent pro certo, quod ex l. si quis argentum: Oritur condictio ex lege, probatur per eandem legem ibi nihilominus ex l. nostra necessitatem ei imponi. &c. Sed sic est, quod nunquam condictio ex lege datur ex conuentione, sed actio presc. verbis *vt l. ex placito Codice de rerum permu.* & cum datur condictio ex l. datur propter conuentionem, *vt Bar. declarat in l. prima de condi. ex lege in fi.* Ergò non oritur ex pacto actio. Primam & secundam propositionem negare possem: Primam nego quod ex lege (si quis argentum) nascatur cõdictio [b] si verum est quod condictio ex lege non oritur ex pacto. Nec obstant verba legis, cum dicat, ex lege nostra necessitatem imponi. &c. Nam considerandum est, quod etiam

[b] Hoc nõ potest negari: Iustinianus enim hoc primum statuit, vt ex pacto donationis nasceretur actio. Lex itaque Iustiniani actionem produxit, sed tamen pacto Donationis eum impellere: malè itaque concludit Fortun. Garcia, qui dicit ex lege est actio non est ex pacto possunt enim vnius rei diuersæ esse causæ, sed sub ordinatæ.

etiamsi ex pacto nascatur obligatio, tamen lex agit in ipso pacto, & est causa efficiens, vt patet ex nostra lege. Nam ex confirmatione legis causatur obligatio, & ista obligatio causatur efficiente lege. Vnde lege imponitur necessitas tanquam à causa efficiente; sed tanquam à causa materiali oritur ex conuentione, quod ego ostendo in eadem lege: *si quis argumentum in §. finali iuncto §. perficiuntur*. Vbi ex lege imponitur necessitas, & tamen in se habent necessitatem ipsæ donationis conuentiones. Et sic ex lege imponitur necessitas tanquam in causa materiali. Vnde bene docetur, quod ex pacto oriatur. Quod autem condictio ex lege non possit oriri à causa materiali adhuc negare
18 possem dicam *in l. infra proxima §. & ideo.* ¶ Nota tamen quod aliqui reprehendunt Bart. & cæteros, vt Io. de Imo. *in l. in ædibus de Dona.* & Francis. de Ramponibus vt habes hic per do. Iason & in §. in personam. *Instit. de act. in 21. col. & latius per Ang. de Aret. ibidem in 5. col.* Fundamentum & intentio eorum erat tale. s. quòd nec daretur actio ex pacto, nec condictio ex lege propter pactum, quia hoc nullo iure cauebatur. Ad tex. autem. *l. si quis argentum.* Respondebant quod loqueretur in donatiõe, & non in pacto de donando, ponderabant verbum. *donator*, & verbum, *donauerit*, sæpius in tex. repetitum. Sed pactum de donando, differt à donatione, prout pactum de vendendo differt ab emptione vel venditione, vt notatur *in l. in bonæ fidei infra de*

fra de eo. quod cer. lo. & in c. pe. de elect. libr. 6. & in c. apostolice. de re iudi.. Facit tex. in c. 1. de sponsa duorum, quia aliud est consensus in actu, & aliud consensus ad actum. Ex quo videtur pungi posse ipsum Iasonem, *hic in 4. col. in princ. dicam in l. infra prox.* Cum ergò l. si quis argentum, loquatur in donatione, & sit lex correctoria, non est extendenda ad pactum de donando. Benè credo quod Iason, & Angelus Bar. ab his rationibus defenderent, quia carent recto intellectu, sed aliter, quam ipse ego declarabo fallatiam. Et fateor quod l. si quis argentum, loquatur in donatione, nego tamen quod pactum † de donando, non sit donatio, & si hoc sit contra Bar. *in l. sequenti in prin.* Vbi ego clarius ostendã. Sed pro nunc ego probo per eundem text. *l. si quis argentum in eo. §. si.* Et fateor, quod tex. appellat donatorem & donationem sæpius. Sed ego video, quod loquitur in pacto de donando. Ergo pactum de donando, non differt à donatione: Probat antecedens, cum dixit tex. quod si stipulatio interposita est, huius stipulationis auctoritate agetur, sin autem prætermissa fuerit, nihilominus ex l. nostra necessitatem imponi. Ecce quod loquitur in pacto de donando. Item in verbo, *hoc donare existimauit.* Item in verbo, *nominauerit.* Item in ratione, quam assignat tex. s. cum in arbitrio cuiscunque sit hoc facere, quod instituit, non debet propositum defraudare. Item subiungit paulò inferius, vel religiosis personis donatio deputata

19

Pactum Donationis non differt à donatione.

O

Quatuor cõtractus à iure ciuili introducti.

Obiectio.

iure ciuili inducti, & per consequens confirmati. s. obligatio verborum, contractus emphitheuticus, literarum contractus: & sponsalitia largitas. ¶ Sed opponit Bartolus cum enim isti contractus à iure ciuili inducantur, apparet quod non contineantur sub nomine conuentionis, quæ est de iuregentium: nam conuentio fuit à iure gentium & ante ius ciuile: isti autem contractus à iure ciuili sunt producti. ergo non sunt iuris grntium. ¶ Respondet Bartol. quod licèt à lege post iusgentium inducantur, inducuntur tamen ex illa materia conuentionis, quæ continetur sub iurisgentium conuentionis genere: licèt ei detur nomen & forma à iure ciuili: quod probatur exemplo corporali, nam si de terra fieret vas ab aliquo: adhuc remanet sub genere terræ. sic etsi isti contractus fiant à iure ciuili, tamẽ cũ fiant ex cõuentione: erũt iuris gentiũ, inquatũ sunt cõuentiones: vnde Bar. exponit tex. confirmatur. idest, forma datur. ¶ Primò noto ex dictis Bartoli, confirmationem eorũ quæ dixi in l. superiori contra Paulum qui dicebat legitimas conuentiones non esse iurisgentium etiam inquantum conuentiones.

¶ Secundò noto, quod contractus isti quatuor habent formam à lege ciuili, quod sine disceptatione fatendum est in stipulatione.

12 *vt instit. eodem in principio.* Sed † in literarum obligatione non inuenio contractus formam à iure ciuile introductam, & præsuppono quod

Digitized by

quod aliud est contractus, aliud obligatio, quæ ex contractu dicitur resultare vt notatur *in l.1.in §. adeo. supra eodem Bart. in l. certi condictio in prin. infra si certum petatur.* Obligationes ergo introductæ sunt in his contractibus à iure ciuili, & ita loquitur text. *in l. ex hoc iure.* forma tamen contrahendi, etsi non esset cognita à iure gentium: tamen nec à iure ciuili fuit introducta. Immo ex vsu Romanorum, qui literis se debere scribebant, quod recepisse fatebantur: vnde ex illis literis ius dedit obligationem, quia talem modum contrahendi approbauit, quod clarè constat in principio *instit. de literarum obligatio.* vbi dicitur, olim scriptura fiebat obligatio quæ nominibus fieri dicebatur, quæ nomina nō sunt in vsu. Planè si quis se debere scripserit, quod sibi numeratum non est, post biennium scriptura obligatur: obligatio ergo est introducta non iter à iure ciuili: quia ius ciuile approbauit conuentionem, & ex approbatione oritur obligatio secundum intētionem tex. nostri, & si verum est conuentionem talem confirmatam esse à lege, non autem verum videtur, formatam esse. Vnde stat propriè noster tex. prout ergo iste contractus est facti, non est inductus à iure ciuili: prout verò est contractus iuris: inductus est a iure ciuili, & prout facti est, dicitur confirmari, & ex confirmatione efficitur iuris, nisi dicas, quod si consuetudine fuit inductus modus contrahendi, quod tantum est ac si lege, *vt Bar. in l.1. de*

sed tantùm cõfirmatio, quæ est quædam qualitas, vt etiam patet in illatione. Benè verum est, quòd si à lege formaretur aliqua conuentio, à fortiori erit legitima, quia á lege formatur, & in isto casu intrat vis & ratio nostri tex, vt supra dixi. Et ita est in stipulatione, quæ formam habet à lege ciuili, etiam in contrahendo introductam, vt notatur *in l. si vnus §. pactus infra eod. & in l. stipulatio §. alteri cum similibus de verb. oblig.* ¶ Sit itaque nostræ legis intellectus, quod siue sit contractus iurisgentium nominatus, siue contractus iurisciuilis, siue quælibet alia conuentio, dum à lege ciuili approbetur, erit conuentio legitima. Vnde benè infertur ex principio, id quod dicitur in fine. Et sic venio ad secundam partem gloss. in qua non curo de prima parte eius, quia supra satis dictum est de intellectu text. Sed venio ad exempla.

¶ Primum exemplum glossæ est de donati- 15
one, nam ex pacto nudo oritur actio, propter legis confirmationem. *vt l. si quis argentum §. fi. de donat. Codice* istam gloss. reprehendit Bart. hîc, dicens quod ex pacto nudo donationis non oritur actio, sed propter pactum oritur condictio ex lege, *vt in eadem l. si quis argentum.* Vnde cum hîc quæramus exempla, quando ex pacto nudo oritur actio. Istud exemplũ donationis non est congruum, cum ex pacto in ea nõ oriatur, pro cuius euidẽtia, magistraliter declarat, quod quandoq; lex non agit in ipsum pactum roborãdo ipsum, vt actionem produ-

ipse approbat, & quod ea ipsa donatio confirmetur. Primò pondero tex. *in d. l. si quis argentum §. fi.* ibi liberalitate plenã ex nostra l. & perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur. Si ergo plena & ipsa donatio, ergo ex ea oritur, non ob eam. Et sic comitem fecit potentem & plenum, non autem omisit eum in paupertate.

¶ Præterea, si perfectissima est talis cõuentio, illa est perfectissima qua alia præfectior dari non potest: *vt in l. vbi autem de verb. oblig.* Ergo non habebit hunc defectum, vt non possit parere actionem. Præterea perfectio ad essentiam donationis dirigitur, non ad effectũ, *vt patet.* quod etiam vltra probo per verba sequentia, cum subiungit, & necessarius traditionis effectus sequatur, quia tanquam quid diuersum ponitur. Effectus ergò à plenitudine ipsius contractus sequetur. Et iterum pondera, quod necessarius traditionis effectus prouenit ab obligatiõe, quia est vinculum, & necessitas ad soluendum *vt instit de oblig. in princ. & hoc inferius ostendã.* Vnde si ex l. fit, plena & perfectissima lege iuuatur: Ergò per l. nostram ex pacto nascitur actio. Item probatur etiam clarè per tex. *in §. perficiuntur Insti. de Dona.* (vbi etiã eadem legis confirmatio refertur) dicit text. Perficiuntur autem donationes, cum donator scriptis, aut sine scriptis suam voluntatem ostenderit, & ad exemplum venditionis eas in se habere necessitatem traditionis, voluit nostra

ſtra conſtitutio, vt etiamſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectum robur; & traditionis neceſſitas incumbat donatori. Hæc ſunt verba tex. quem ſi Bar. & cæteri rectè cõſideraſſent, non reprehenderent glo. Primò ergò pondera verba, *Perficiuntur donationes.* quia perfectio ad donationem ſe refert, ſecundò verba, *ad exemplum venditionis.* Cum ergò ex vẽditione naſcatur actio, ita ex pacto donationis. Et ſi reſpondeatur, quod in alio conſiſtit exempli ratio, falſum eſt per verba quæ ſubiungit, quia ad exemplum venditionis dicit in ſe habere neceſſitatem traditionis, in obligationem: quia illa eſt neceſſitas traditionis, vt ſupra dixi, & pondera, quod dicit in ſe, & non extra ſe: vt Bar. docet. Sed ſi opponas cum glo. ibi, quod ſecundum hoc, prout emptio eſt cõtractus nominatus, ita erit donatio, vel pactũ donationis. Ergò non eſt conuentio nuda; & ſic non congruit noſtris exemplis: Etiam hoc eſſet contra Bart. ſed de hoc videbimus in l. iurisgent. in princ. Item pondero in verbo pleniſſimum & perfectum robur. Nam ſi plenum habent robur, ergò lege iuuantur per tex. noſtrum. Vbi Bal. in notabilibus dicebat, quòd cõfirmatio, robur, & fomentum, erant nomina operantia idem, in noſtra materia. Sed quod operentur, declaratur per text. noſtrum, hoc eſt, vt ex nudis aliàs conuentionibus naſcitur actio, quantò magis, quando robur

Reſp. ſimilitudo donationis, & venditionis non in eo, vt vterque ſit contractus nominatus, ſed in eo, quod vt venditor ad rem tradendam tenetur ſic donator rem quam nudo pacto donauit donatori tradere eam cogitur §. *alio Inſtit. de donat.*

Digitized by Google

robur est firmissimum, & perfectum, quo firmius dari non potest, *vt in dicta l. vbi autem.* Item noto quod ipse Bar. fatetur, quod quando lex agit, in ipsum pactum, ipsum roborando, tunc ex pacto nascitur actio. Sed vidimus quam perfectissimè pactum donationis, à lege sit roboratum. Ergò ex eo oritur actio, etiam secundum Bart. & secundum text. nostrum, qui non potest negari. ¶ Respondeo ad fundumentum intentionis Bart. quia ipse, & alij tenent pro certo, quod ex l. si quis argentum: Oritur condictio ex lege, probatur per eandem legem ibi nihilominus ex l. nostra necessitatem ei imponi. &c. Sed sic est, quod nunquam condictio ex lege datur ex conuentione, sed actio pres. verbis *vt l. ex placito Codice de rerum permu.* & cum datur condictio ex l. datur propter conuentionem, *vt Bar. declarat in l. prima de condi. ex lege in fi.* Ergò non oritur ex pacto actio. Primam & secundam propositionem negare possem: Primam nego quod ex lege (si quis argentum) nascatur cōdictio[b] si verum est quod condictio ex lege non oritur ex pacto. Nec obstant verba legis, cum dicat, ex lege nostra necessitatem imponi. &c. Nam considerandum est, quod etiam

[b] Hoc nō potest negari: Iustinianus enim hoc primum statuit, vt ex pacto donationis nasceretur actio. Lex itaque Iustiniani actionem produxit, sed tamen pacto Donationis eum impellere: male itaque concludit Fortun. Garcia, qui dicit ex lege est est ex pacto possunt enim vnius rei diuersæ esse causæ, sed sub ordinatæ,

etiamsi ex pacto nascatur obligatio, tamen lex agit in ipso pacto, & est causa efficiens, vt patet ex nostra lege. Nam ex confirmatione legis causatur obligatio, & ista obligatio causatur efficiente lege. Vnde lege imponitur necessitas tanquam à causa efficiente; sed tanquam à causa materiali oritur ex conuentione, quod ego ostendo in eadem lege: *si quis argumentum in §. finali iuncto §. persiciuntur.* Vbi ex lege imponitur necessitas, & tamen in se habent necessitatem ipsæ donationis conuentiones. Et sic ex lege imponitur necessitas tanquam in causa materiali. Vnde bene docetur, quod ex pacto oriatur. Quod autem condictio ex lege non possit oriri à causa materiali adhuc negare

18 possem dicam *in l. infra proxima §. & ideo.* ¶ Nota tamen quod aliqui reprehendunt Bart. & cæteros, vt Io. de Imo. *in l. in ædibus de Dona.* & Francis. de Ramponibus vt habes hic per do. Iason & in §. in personam. *Instit. de act. in 21. col. & latiùs per Ang. de Aret. ibidem in 5. col.* Fundamentum & intentio eorum erat tale. s. quòd nec daretur actio ex pacto, nec condictio ex leg epropter pactum, quia hoc nullo iure cauebatur. Ad tex. autem. *l. si quis argentum.* Respondebant quod loqueretur in donatiõe, & non in pacto de donando, ponderabant verbum. *donator*, & verbum, *donauerit*, sæpius in tex. repetitum. Sed pactum de donando, differt à donatione, prout pactum defendendo differ ab emptione vel venditione, vt notatur *in l. in bonæ fidei infra de*

fra de eo. quod cer. lo. & in c. pe. de elect. libr. 6. & in c. apostolice. de re iudi.. Facit tex. in c. 1. de sponsa duorum, quia aliud est consensus in actu, & aliud consensus ad actum. Ex quo videtur pungi posse ipsum Iasonem, *hic in 4. col. in princ. dicam in l. infra prox.* Cum ergò l. si quis argentum, loquatur in donatione, & sit lex correctoria, non est extendenda ad pactum de donando. Benè credo quod Iason, & Angelus Bar. ab his rationibus defenderent, quia carent recto intellectu, sed aliter, quam ipse ego declarabo fallatiam. Et fateor quod l. si quis argentum, loquatur in donatione, nego tamen quod pactum † de donando, non sit donatio, & si hoc sit contra Bar. *in l. sequenti in prin.* Vbi ego clarius ostendã. Sed pro nunc ego probo per eundem text. *l. si quis argentum in eo. §. si.* Et fateor, quod tex. appellat donatorem & donationem sæpius. Sed ego video, quod loquitur in pacto de donando. Ergo pactum de donando, non differt à donatione: Probat antecedens, cum dixit tex. quod si stipulatio interposita est, huius stipulationis auctoritate agetur, sin autem prætermissa fuerit, nihilominus ex l. nostra necessitatem imponi. Ecce quod loquitur in pacto de donando. Item in verbo, *hoc donare existimauit.* Item in verbo, *nominauerit.* Item in ratione, quam assignat tex. s. cum in arbitrio cuiscunque sit hoc facere, quod instituit, non debet propositum defraudare. Item subiungit paulò inferius, vel religiosis personis donatio deputata

19 Pactum Donationis non differt à donatione.

putata sit: Et sic vides, quod pactum de do-
nando, non differt ab ea, quia text. donatio-
nem appellat, pactum vel promissionem ad
donandum, ratio est, quia illa promissio, cum
sit efficax, est donatio, vt dicam, vbi supra. Di-
cere autem, quod l. si quis argentum, sit cor-
rectoria, etsi à Bar. etiam hoc sit approbatum,
tamen non rectè docetur, quod pulchrè ostẽ-
dam, *in l. infra proxima §. quinimmò in fi. vbi Bart. id*
tradit. Habeas tamen rationem à nostra gloss.
in fi. ab eo. Bar. hîc silentio approbata: Si enim
pactorum nudorum approbatio est præter
legem, quomodo est contra: Itaq; falsum est,
quod in hoc lex corrigatur, immo verius am-
pliatur, vt ibidem ostendam. ¶ Ex his habes
glo. nostram benè dicere, & dubitabilia esse,
quæ Bar. dicit cõtra eam, & quæ cæteri dicunt
contra Bar. & contra glo. Tamen diligentius
rem aggrediẽdo ostendam, forsan in l. sequen
ti, nec glo. benè dixisse, si probauero, donatio-
nem esse contractum nominatum: in his co-
gita. ¶ Aliud exemplum glo. est de nudo pacto
dotis, *vt l. 1. circa prin. C. de rei vxo. ac. l. ad ex actionem*
C. de dotis promiss. Dicit tamen Bar. quod in quã-
tum glo. allegat l. 1. de rei vxo. actione, non est
bonum exemplum: ratio, quia ibi lege indu-
citur stipulatio tacita, vnde magis congruit
tale exemplum principio nostri text. quàm il-
lationi. Sed in quantum allegat l. ad exactionẽ,
20 nec videtur benè dictum, quia † contractus
dotis, est de iure gentium, & ideò melius cadit
in mem-

Digitized by Google

in membro, quod ponitur in l. seq. Sed dici Bar. quod etsi principium nostræ legis loquatur tantùm in conuentionibus à l. ciuili inductis, tamen hæc illatio est generalior, vnde pactum dotis etsi sit conuentio iurisgentium quia tamen est inefficax de se, ideò conualidatur lege, & cadit in illatione nostri tex. Sed opponit, nam dos est contractus nominatus, qa habet nomen iurisgentium elegans: *vt l. has obligationes de cap. di. infra.* Ergò est validus per se, *vt infra l. proxima.* Non ergo Liuuatur. Respondet Bar. quod dotis datio, bene est contractus nominatus, non autem dotis promissio, quæ quidem promissio lege roboratur, ideò est bonũ exemplum. Hæc sunt verba Bart. ¶ Primò inquantum Bar. pungit glo. in allegatione l. 1. C. de rei vxo. act. circa principium, videtur quòd Bar. non percepit gloss. intentionẽ: nam verũ est, quod in quolibet instrumento dotali fingitur stipulationem interuenisse, vt eadem lex docet. in prin. Subiungit verò, quod si stipulatio de facto interuenit in instrumento, & tamen inutiliter, an confirmabitur, & text. per argument. à fortiori dicit talem conuentionem validari legis robore.

Itaque cum inutilis stipulatio, aliquando vim habeat pacti, maximè cum partes conuenire voluissent, *vt l. an inutilis de acceptila, & l. si vnus §. penult. infra. eodem.* & ibi talis inutilis stipulatio habeat robur à lege. ideò allegauit gloss. legem illam non in principio,

ſed circa principium, & voluit allegare in hoc ſ. quando inutilis ſtipulatio roboratur: non autem in ſtipulatione ficta. Sed videtur quod glo. alia ratione non ponat bonum exemplũ, quia ibi inutilis ſtipulatio vtilis fit, & ex eo datur ſtipulatu actio, quia lege iuuatur vel confirmatur. Ideo non congruit niſi princ. legis noſtræ. Benè verum eſt, quod falſum eſt in tali cauſa ficta eſſe ſtipulationem. vt Bart. dicit Sed vera eſt, quia inutilis roboratur, argu. à
21 fortiori. Et † nota illum tex. in argu. à fortiori quod ſemper aliquid magis operatur. Inutiliter geſtum, quam omninò omiſſum, & cum quidam vir excellentiſſimus cuius lecturæ & repetitiones per totam Italiam & per Gymnaſia prouincialium ſunt, in magno præcio, in lectura l. ſi quis in fundi vocabulo. de leg. 1. dicebat nomen hæredis erratum, viciare inſtitutionem. Reſoluebat Bart. argumentum, quod ipſe in propoſito faciebat ſ. magis operari inutiliter expreſſum quàm omninò omiſſum, per notata *in dicta l. prima circa principium.* Dicebat itaque excellens doctor, quod illa erant notata tantum. Ego in diſputatione particulari eiuſdem quæſtionis, inter cætera inducebam legem ad Bar. intentionem. Ipſe demum reſpondebat legem à ſimili argumentaſſe: non à fortiori: Ego id negabam, & videbis rectè negaſſe. Quia à fortiori id Iuſtinianum determinaſſe, ex text. conſtat, in his verbis: Si enim vbi ſtipulatio ſuppoſita non eſt: cenſe-

Digitized by Google

censemus eam adhibitam: multò magis etiam si inutilis est: validam eam effici. ¶ Secundò Bart. sentit, quod dos est contractus iurisgentium: ideò non cadit in l. nostrã, & sic contractus iurisgentium nominati nõ comprehenduntur in l. legitima: quia non sunt legitimi secundum Bart. tamen hoc est dubitabile, vt ostendebam in principio legis. ¶ Tertiò noto ex Bart. dictis, quod dotis datio est contractus nominatus, de quo tamen ego dubito vt ostendam contra eum in l. iurisgent. in princ. ¶ Quartò noto, quod dotis promissio hoc habet à legis comprobatione, vt ex nuda cõuentione nascatur actio. Sed etsi à Bart. hæc glo. approbetur: declara secundum Alex. esse verum iure antiquo ante Iustinianum: sed post eum hoc cessat, cum in qualibet promissione etiam nuda, quæ fit ad dotem, fingatur stipulatio: & ita Bart. pungit glo. *in l. 1. solu. matr.* quæ allegabat priuilegium dotis: quod in ea ex nudo pacto nascatur actio: & ita dicit glo. *in d. l. ad exactionem.* s. cessare hodie talè priuilegium: cũ ex vtraque parte, tam ad dotem perendã contra virum, fingatur stipulatio, *vt in d. l. 1. §. & vt plenius vt poteris videre latè per doct. in d. l. 1. & hîc per Alex. in 2. col. in medio.*

¶ Ego verò gloss. exemplum hic in l. 1. solu. matri. credo procedere hodiè etiam iure Iustiniani, & primo † forsan rationibus efficacibus ostendam, quod contra vxorem ad exactionem, dotis non detur stipulatio ficta. 22

Leges cũ effectu interpretandæ.

¶ Et primò moueor, quia asperrimum mihi semper fuit leges intelligere inefficaciter, ita quod sint redditæ superfluæ & probatæ, cum non habeamus alias leges eas expresse tollentes, quod quandoque in vniuersali legum defensione, si Deus dabit, ostendam. Noto ergo intẽtionem legis vnicæ, quæ est dare actionem ex stipulatu ad restitutionem dotis, prout antiquitus dabatur rei vxoriæ actio, in cuius locum successit, vt patet *in prin. eiusdem l. 1.* & ꝙ ad hoc fingatur stipulatio probaĩ per *§. cum aũt eiusdem l.* vbi declaratur ad q̄d detur ex stipulatu actio s. in hæc verba: cum aũt in exactione dotis ex stipulatu q̄dem actio naturaliter restitutionem dotis ex parte mariti vxori illicò & insolidum fieri iubebat. Ecce considera naturam & finem ex stipulatu actionis declaratam. Item rei vxoriæ actio etiam contra maritum (vt dixi) competebat, ad res vxorias restituendas, in cuius locum ex stipulatu actio
23 successit: Itaque † fictio stipulationis stat in hoc, vt in datione vel promissione dotis, re ipsa fingatur stipulatum, vt dos reddatur soluto matrimonio: non autem vt stipulatio fingatur ad petitionem dotis, quando dos promittitur: quod vt credo, ineuitabiliter probo per text. *l. fin. Codice ad sena. con. velle.* vbi text. est Iustiniani, & tamen loquitur quando aliqua mulier pro alia promisit dotem, & dicitur non obstare Velleianum, immò quod ipsa ex pacto nudo obligatur, nec valet respõsio

ſio quòd loquatur in fideiuſſione, quia hoc eſſet inutiliter fingere.

¶ Præterea eſt falſum, quod etiam in dote liberaliter promiſſa non loquitur, patet ibi liberalitatem ſuam oſtendit. Et vnum nota, quod eadem verba, & eadem ratio ponuntur ibi in promiſſione dotis quæ ſunt poſita *l. ſi quis argentum. §. ſi. in donatione:* & ſic prout † ex pacto 24
nudo donationis oritur actio, *vt in l. ſi quis argentum.* ita etiam hodierno iure ex pacto nudo dotis oritur actio, & econuerſo, prout ex pacto nudo dotis oritur actio, *per legem ad exactionem, & per l. ſi. ſupra allegat.* vbi doctores id fatentur, ita fateri neceſſe eſt, quod ex pacto nudo donationis oriatur actio, cum eadem ponãtur verba, & eadem deſcribatur ratio: quod facit ad confirmationem eorum, quæ contra doctores in ſuperioribus tenui, ſcilicet ex pacto nudo donationis oriri actionem. Vt ergò eo, vnde egreſſa eſt, reuertatur oratio, dicendum eſt, quod etiam l. Iuſtiniani remanet firma lex ad exactionem, & quod ex nudo pacto dotis etiam hodiè oritur actio & quod exempla gloſſarum ſunt bona: etſi aliquæ gloſſæ tenuerint contrarium: quod etiam alia ratione probo, ſcilicet quia lex ad exactionem dicit, quod qualiacunq; ſufficiunt verba ad dotis exactionem, ſiue ſtipulatio ſit inſerta, ſiue non ſit inſerta. Itaq; in text. dicitur, ad actionem dotis, non eſſe neceſſariam ſtipulationem: quare ergo in caſu, in quo non eſt

neceſſarium, debemus fingere ſtipulationem: maximè quia ille text. ſentit nihil referre, eò magis, cum loquimur ad reddenda in voluminibus iuris inſerta, inutilia & abiecta, à quo tantum abhorruit noſter Imperator, *vt l. 2. de ve. iu. enu. & etiam in l. 1. de emen. iuſti.* C. ¶ Item facit tex. *in §. accedit eius l. 1. ſupra alleg.* vbi dicit Imperator, quod extraneo danti dotem, pro aliqua muliere, non competit ex ſtupulatu actio ad repetendã dotem, ſed mulieribus, ne, quod pro mulieribus introduximus, aduerſus mulieres conuertatur. Item faciunt omnes illi §. qui cum in iſta ex ſtipulatu actione loquãtur, ſemper loquuntur ad reſtitutionem dotis, & hoc fuit neceſſarium intelligere, prout ſupra
25 oſtendi. Non obſtat † ponderatio doctorum, *l. vnic. §. & vt plenius.* ibi ſimili modo factam ſtipulationem, & hypothecam ex vtraq; parte. Ad cuius rectum ſenſum conſidera, quòd in eadem *l. in princ.* actio ex ſtipulatu fuit data ab Imperatore ad repetendam dotem. Item *in §. & vt plenius in princip.* fuit data tacita hypotheca tam mulieri contra virum, quam viro contra mulierem, & ſic ex vtraq; parte. Poſtea *in fine illius §.* referuntur iſta priuilegia ex ſtipulatu actionis, & hypothecæ vtriuſque partis, & ſic illa verba ex vtraque parte, tantum ad hypothecam, prout ponitur, referenda ſunt, & id, quod dicitur, *in §. & vt plenius*, ita in huiuſmodi actione damus ex vtroque latere hypothecam, intelligo actionem, ideſt, actum,

vt non

Digitized by Google

vt nos Instit. de act. in prin. quia aliàs actio ex stipulatu non habet hypothecariam, quia hypothecaria distincta est, sed dos habet hypothecariam, vt etiam habeãt administratio tutoris. Et hic est, vt credo verus sensus, aliàs essent duæ stipulationes, vna ex parte vxoris, alia cõtra eam vt *l. scire debemus de verb. obli.* Vnde vno modo habemus defẽsatam nostram glossam. Item defensatam gloss. *in d. l. 1. soluto matr.* vbi glo. duo dicit priuilegia: vnum vt ex nudo pacto possit exigi: aliud vt competat ex stipulatu actio, quicquid dicat glo. *in l. ad exactionem. & glo. l. si diuortio de verbo. obligat. in verbo de dote.* ¶ Item ex his habemus, quod ex stipulatu actio non competat pro dote ab vxore exigenda, & sic dabimus nouum, & notabilem intellectum ad d.l. vnam. ¶ Præterea ex his habemus defensatum text. *in. l, ad exactionem & text. in l. fi. C. ad velle.* quia etiam si sit Iustiniani, tamen ex interpretantium ratione vel potiùs opinione dabatur iam inutilis. ¶ Imò dico. quod posito casu, quod ex stipulatu actio cõpeteret ad exactionem dotis promissæ, tam contra mulierem, quàm contra alios per remedium dictæ l. vnicæ. tamen non propterea derogatur lex ad exactionem. Immò declaratur, quia in *l. ad exactionem* ponuntur verba, quæ sufficiunt ad hoc, vt exigi dos possit, non tamen qua actione exigi debeat: hęc sunt verba tex. *Ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit. qualiacunque sufficere verba sancimus, etiam si*

ſtipulatio in *pollicitatione rerum dotalium minimè fuerit ſubſecuta.* ¶ Sic itaq; conſiderari poteſt, quod ibi ponitur modus ſufficiens ad dotem conſtituendã, ſiue ſtipulatio fuerit interpoſita, ſiue nõ adeò, quod ex ſimplici promiſſione, vel forſan ex pollicitatione; vt dicam *in l. ſequẽ. §. ſed cum nulla dos conſtitui. poteſt*, & exigi. Si tamen hodiè fingatur ſtipulatio ad petẽdam dotẽ iam per pactum vel pollicitationẽ conſtitutam, non propterea tollitur conſtitutio, imò eſt antecedens neceſſarium, vt per pactũ vel pollicitationem dos conſtituatur, ad hoc vt poſſit competere ex ſtipulatu actio. Et hoc eſt, quòd dicit eadem. l. vnica, quod re ipſa cẽſetur ſtipulatũ, ſcilicet eo ipſo, quòd promiſſa eſt vel conſtituta eſt: ad quam conſtit. ſufficiunt qualiacunq; verba, etiã ſine ſtipulatione, vt dicit. *l. ad exactionem.* & idem dicitur, *in l. vnica,* ſed hoc additur vt fingatur ſtipulatio, in quo non contradicitur. Benè verum eſt, quod per verba. l. ad exactionẽ, infertur iuncto tex. noſtro, quod ex pacto nudo dotis oritur actio, quia lege tale pactum confirmatur, & illa illatio, quæ tendit ad modum exigendi, remanet hodiè inefficax, quia per l. vnic. datur ex ſtipu-
26 latu actio. ¶ Sed etiam de hoc dubitari poteſt, quis ex eo, quod fingitur ſtipulatio, & ex ficta ſtipulatione detur actio, non eſt dicendum, quod tollatur actio quæ ex vero pacto oritur ſine aliqua fictione, probatur per *l. quotiens. ff. de act. & oblig.* vbi quotiens lex obligationẽ nouam

uam introducit, nominatim expresserit, vt ea sola actione vtamur, etiam veteres eo nomine actiones competere, & sic est ibi casus expressus, quod actio, quæ competit ex pacto, per fictã stipulationem non tollitur: quod etiã probatur per aliud simile *l. lecta. infra. si cer. pet. & infra. proxi. in. §. quinimò: & melius in l. 2. C. de pactis inter emp. & ven.* vbi si pactum in cõtinenti iuxta stipulationem ponatur, fingitur stipulatio, & cõpetit ex stipulatu actio, non tamen propterea tollitur, si qua actio competit ex pacto secundum naturam propriam pacti, *vt patet in l. 2, supra alle,* Sic ergò in isto casu. ¶ Item quod actio, quæ competit ex pacto, tolli nõ deberet probari videtur, quia talis actio de sui natura est bonæ fidei & fauorabilior, vt Bar. & cæteri docent, *in de. §. sed cum nulla,* vbi dicunt, quod in casibus, in quibus ex nuda cõuentione oritur actio propter legis confirmationẽ: talis actio est bonę fidei, *vt in l. si mulier. §. si dos. infra quod metus causa.* Vbi est tex. expressus, quod promissio dotis facta per metum est nulla ratione, quia habet æquitatem naturalem, & est bonæ fidei: sed stipulatio de sui natura est stricti iuris, & ita Bar. dicebat in eo *§. si dos.* quod si per stipulationẽ dos metu promissa fuisset, valeret: quod tamen mihi nimis dubitabile videtur, si stipulationi accommodatur in casu dotis natura bonæ fidei contractus ¶ Itẽ pono, ꝙ vna istarum act. esset superflua, aut ex stipulatione actio aut ea quæ oritur ex pacto, certè cõsultus agere-

ageretur si non daremus ex stipulatu actionẽ, quia illa fingitur, & fingere superfluo non est dandum, præsertim vbi ex fictione vera, & leges destituerentur, ideò benignior esset opinio quod lex vnic. non loquatur in dotis promissione ad eam ex promissione exigendam, sed ad eius restitutionem, in quo tamen cuilibet melius sentienti libenter me summitterem. ¶ Habemus ergo defensatum exemplum glossæ de l. ad exactionem. Sed an congruat huic illationi tractabatur. infra. *l. prox.* vbi videbimus an sit contractus nominatus, & faciunt etiam verba sequentia. ¶ Tertiò & vltimò noto ex xerbis Bart. quod dotis datio est contractus nominatus, sed pactũ de dote vel promissio dotis differt ab ea, & ideo non est contractus nominatus. Sed quod promissio † dotis dicatur dos, nec differat ab ea: videtur probari ex *l. fin. C. dotis promiss.* vbi textu. pluries promissionem dotis appellat dotem, & factam intelligit donationem ex sola promissione, & si glo. in verbo: *dederit*: & in verbo *fecerit*: semper exponat. s, destinatione fecerit & destinatione dederit, &c. Sed sæpè tales expositiones, mihi faciunt argumentum, iura non fuisse rectè intellecta: eò maximè quod verbũ, *fecerit*, in præterito positum, rem perfectam significat. *l. 1. §. statuerat. infra. quod quisque iuris.* Facit præterea text. *l. si profectitia. in. §. si pater. ff. de iure. dotium.* vbi Iurisconsultus dotem à patre promissam, profectitiam dotem appellat. *facit l. 1.*

An Dotis datio sit cõtractus nominatus.

7 (margin number beside "contractus nominatus. Sed quod promissio")

§. &

§. & si minus. supra alleg. de rei. vxo. actio. vbi tacita hypotheca quæ doti datur, etiam contra promittentem data interpretatur. Item valet argumentum de donatione ad dotem vt suprà visum fuit: & idem Bart. hoc fatetur, cum eodem modo procedat in vna sicut in alia, sed donatio dicitur etiam ex promissione. *vt l. etiam. & l. cum filius familias. ff. eo & l. 1. C. eo.* ergo ita & dos. Item strictius hoc probatur per prædictam legem finalem. C. *ad senatuscon. velle*, vbi textu. eodem modo approbat, & eadem ratione confirmat, & roborat promissiones dotis, quò fuerunt approbatæ & roboratæ, promissiones donationis, *s. in l. si quis argentium. §. final. sed in l. si quis argentum. §. finali* appellatur donatio, promissio, & donator promisor: vt sæpius in tex. & superius latè dictum est: ergo sic eodem modo in dote. Item facit §. *perficiuntur. Institu. de dona.* vbi perficiuntur donationes eo ipso, quod donator suam voluntatem ostenderit: sic ergo & dotes *per. l. si supra all.* Item sunt perfectissimæ &c. Et ita videmus, quod pactũ de danda dote est dos * prout pactum donationis est donatio, quod in illa. *l. fi.* satis apertè probatur. ¶ Sed hoc intelligo, cum promissio dotis purificatur per matrimonium, *vt le. item quia in prin. su. eo. & l. stipulationem. & l. talis de iure dotium. infra.* Nec obstat id de quo opponi potest, consensum in actu differre à cõsensu ad actum vt supra dicebam in articulo donationis. *per. c. 1. de spon. duorum.* quod vt verũ faten-

* Hæc Iuris effectu pro eodem habetur, quã doquidem meam esse censetur ad q̃ petẽdũ habeo actionem, l parum § Reg. iuris alias differunt.

Obiectio.

tendum. Sed considerandũ est, quod in prouisione dotis est consensus in actu. l. in donatione: & si sit consensus ad effectum, tanquam ad executionem. quod clarius ostendam *in. l. seq.* ¶ Itẽ finaliter ex dictis Bart. in superiori exemplo donationis & in isto dotis exemplo notãdum Bar. & cæterorum conclusionem, quod in dote ex pacto nascitur actio sed in donatione non nascitur ex pacto, sed propter pactũ ex lege. quam differentiam certè ipsi ponũt sine differentia rationis, aut si est aliqua, eam non docet, nec credo doceri potest, quia eodẽ modo & eadẽ ratione comprobantur à l. conuentiones vtręq;, vt colliges ex *d. l. si. C. ad velle. & ex. l. si quis argentũ. §. fi. & ex l. ad executionem.* Ergo dabitur actio ex pacto per legẽ nostram. ¶ Aliud glossæ exemplum fuit in pig. vt l. *si tibi §. de pig. infra eo.* & ideo dicit glo. quod vbicunque iure prætorio vel ciuili pactũ parit actionẽ, potest adaptari secundæ parti huius l. & ita Bar. comprobat istam glo. Sed demum opponit, quia pignus est contractus nominatus. *l. 1. in fi. su. eo.* Ergo recipit robur à sc. vt. infra *proxi. fu. eo.* ¶ Sed respondet Bar. quod pignus est datio pignoris, & ꝓut est datio pig. est cõtract. nominatus, cõuentio vero pig. nõ est pig. & talis cõuentio roboratur iure Prætorio. vt *l. si tibi §. de. pignore.* & ita loquitur glo. Hæc Bar. ¶ Primò nota ex

Pignus & conuentio pignorum quomodo differant.

78 glo. & Barto. quod etiam ex comprobatione iuris Prætorum oritur actio ex pacto, nam si à iure prætorio comprobetur pactum, ex pacto

orietur

orietur actio: quod est præcipuum & singulare ad intelligentiam tex. *in l. infra proxi. §. Prætor.* qui videtur contradicere. Sed ibidem dicam. Singulare.

¶ Secundò noto, quod conuentio pignoris non est contractus nominatus, sed de ista cõclusione dubitaui *in l. 1. §. fi. su. eo. per l. 1. §. fi. su. eo. per l. 1. infra de pig. act. & per l. contrahitur. infra. de pig. & per text. l. in re. hypothecæ. infra. de fide instru. maxime iuncta. l. consensu. ff. de oblig. & actio: & reg. d. infra proxi. quod latè vi. in eodem. §. fina.* Sed oppono de tex. *l. si tibi. §. de pignore. supra allega.* ¶ Respondeo quod verum est, quod ibi ex pacto nascitur actio non tamen sequitur, nõ esse contractum nominatũ, quia est talis cõtractus nominatus qui constat ex sola conuentione. Vnde verum est ex conuentione nasci actio. & conuentionem esse contractum nominatum *vt in d. l. 1. in dictis. ll. s. l. contrahitur. & l. consensu.* ¶ Sed ego dubito qua lege confirmetur conuentio pignoris; vt actionem producat: *glo. in d. l. si tibi §.* de pignore. dicit quod Prætor confirmat, talem conuentionem. vt ibidem. *& l. iurisgen. & Prætor ait.* vbi Prætor pacta dicit obseruanda. 28

An pacti vocabulo etiam cõtractus veniant vide Duare, ad l. ff. h. t. & Donellum ad princ. ff. ti. de pact. num. 10.

¶ Nota tamẽ, quod & si ex comprobatione prætoria oriatur actio, vt patet *in eo. §. de pignore. & §. item seruiana. Instit. de actione:* non tamen ex illa comprobatione generali pactorum, de qua *in lege iurisgentium. Paragrapho Prætor.* probatur: quia secundum hoc, ex quolibet pacto daretur actio: quia quodlibet pactum ibi dicitur seruandum: tamen consequẽs 29

est

est falsum *per l. iuris gentium. in princ. & in §. sed cum nulla.* ergo & antecedens. Vnde non vidētur Accursium *in. ea l. si tibi. §. de pignore.* hæc benè aduertisse: cum alia sit comprobatio pignoratitiæ conuentionis, quàm illa, de qua in edicto. Illa enim nihil facit ad dandam ex pactis actionem, aliàs verum esset, quod in cōtractibus nominatis alia de se distincta actio propter edictum oriretur: in innominatis verò daretur saltem vna per confirmationem edicti quod vtrumque est videri meo falsum. ¶ Item ex his sequitur quod nec benè intellexit glo. *l. maior. C. de pign.* vbi tex. dicebat, quod pignus conuentione & iurisdictione remittitur. & glo. intelligit iurisdictione s. Prętoris: ait enim Prætor pacta seruabo. *vt l. iurisgentium. §. Prætor.* Facilè ergo ex superioribus colligitur, quod comprobatio prætoris, ex qua pignus ex conuentione resoluitur, non est illa, de qua in nostro pactorum edicto, sed alia specialis, quo ad illā conuentionem. Vnde gloss. non subtiliter hæc considerauit, sed ipsa posset saluari nisi per glo. seq. fuisset intellectum, quod illa remissio pignoris caussabatur ipso iure, quam remissionem ipso iure non operatur edictum pactorum, sed per exceptionem, *vt. in l. si vnus. §. pactus. infra. eo.* ¶ In his considera, nec credas tantorum virorum opinionibus, nostras studio contradicendi refragari, sed hæc refero quia in his dubito, quod si non rectè. saltem nostra opera tu rectiùs dubitabis.

¶ Vltra

Digitized by Google

¶ Vltra glossæ exempla quę supra excussa satis latè vidisti. Bart. duo exempla posuit subsequenter, in quibus ex pacto nudo, legis auxilio vestito oritur actio s. de *l. frumenti. C. de vsuris. & de l. etiam. ff. eo.* vbi in vsuris frumenti vel ciuitati debitis ex nudo pacto legis auxilio vestito nascitur actio: omnia enim talia pacta possunt dici legis auxilio vestita, secundũ glo. de quo dicit Bar. dicendum esse latè *in. l. iurisg. & quinimò.* ¶ Item noto quod Bart. addidit superius *in fi. 1. col. l. 1. C. de suffragio.* de qua dixit, quod ibi ex nudo pacto non oriebatur actio, Sed propter nudum pactum ex lege. Hæc sunt exempla addita à Barto. extra glossam, quo ad illationem legis nostræ. ¶ Noto ex Bart. quod 32
vsuraria cõuentio, quo ad vsuras ciuitati promissas, vel ex causa frumenti, est legitima, etiam si fiat sola conuentione, quod non potest negari ex intentione Iurisconsultorum, tamẽ ex vera iustitia negari potest, quod nunc breuibus, & aliàs satis latè ostendam. Et præsuppono quòd quicquid in l. diuina s. veteri aut nouo testamẽto præcipitur: maximè si id morale sit: diuinum, & ideo naturale erit: quia nihil in ea lege præcipitur, nisi quod Deus vult fieri, nihilque aliud vetatur, quam quod Deus prohibet fieri, & idem est in lege naturæ, quia omnis natura à Dei voluntate procedit. Vnde iura diuina natura constant, & quæ diuinæ legi contraria sunt, eadem iuri naturali refragantur. Hæc inuenies *in c. sana. quod est Augustini.* *8. di. &*

Ius natura le continetur in Euangelio.

8.di.& sunt ex intentione Grego. qui transcribitur *in.§.l. fi. di.* vbi dicitur in l. & in Euangelio naturale ius continetur, &c. Hoc præsupposito, probo ꝙ vsuræ vtraque sacra pagina sunt ꝓhibitæ, *vt in c. quia in omnib. de vsu.* ergo & natura sunt prohibitæ. & hinc est quod alibi dicitur vsu. non prohibitas. Vnde est impossibile, vt in his quæ de se ipsa non prohibita sunt, ex ꝓmissione nascatur oblig. naturalis, ne nõ pugnantia ꝓducat: & id docetur. *l. pact. quæ cõt. C. eo l. general. & l. plaga. ff. d. verb.* si verò dicas quod in aliquo casu, ex particul. causa, potest esse permissum, vt in illis ll. & ita docebat Iño. Io. An. & Abb. vt videbis per Abb. *in. c. pertuas de arbitris.* Sed dubito an fallãtur: quia ob nullã rei temporalis particularem cõmoditatem, quod de se illicitum est, in aliquo casu permitti debet, & quod hoc sit verum in eisdem terminis vsurarũ est casus expressus *in c. su. eo de vsu. extra.* vbi dicitur, ꝙ cum vsur. crimen vtraq; pag. detestetur nulla potest esse super tali crimine dispẽsatio, & ideo nec ꝓ saluanda vita hominis: nec pro redimendis captiuis potest permitti, sed semper censent prohibitũ. [Constat ergo etiam in casu l. frumẽti, & l. etiã. vsuras esse prohibitas, vnde naturalis non oritur obligatio, cum in nullo casu permittãtur vsur. Ego tamẽ ostendã *in l. fru.* nullũ esse vitium vsu. vno modo intelligendi: & saluabo tex. *in repeti. c. 1. de pact.* Si tamen pręsupponatur ꝙ est vsura, dicẽdum est in nullo casu licita, loquẽdo de vsuris prohi-

An vsuræ natura debeantur.

Oblig.

Digitized by Google

prohibitis, quæ consistunt in rebus mutuabilibus: Et ex hoc colliges, quòd fallitur Bar. & cæteri qui credunt *in c. salubriter.* dari casum in quo permittatur vsura. vt Bart. *in l. atqui natura. §. notandum infra de nego. gestis:* ibi enim casus ille exemptus est ab vsura, & in hoc stat singularitas illius. c. nō tamen est singularis in eo, quod ibi permittatur vsura de cuius text. intellectu forsan dicam *in d. c. 1.* quem non credo hucusq; satis exararam, & ita dum essem scholaris in circulis publicè sustinebam, quia credebam, vt credo text. ibi non esse rectè intellectum. ¶ Sed vt ad propositū veniamus. l. frumenti. & [a] l. etiam. si est casus vsurarum, non est naturalis obligatio, & ideò hodierno iure non est pactum legitimum, nec ex eo ageretur efficaciter obstante exceptione. Sed inspectis terminis nostræ legis pactum est legitimum, quia lège confirmatum. ¶ Nota tamen, quod iste est vnus casus, in quo ciuilis tamen obligatio parit actionē, sine eo quod insit naturalis, quia verè & realiter naturalis deficit, & si intentione legislatoris non deficiat: & de his dicam vbi supra. ¶ Secundò noto ex Bart. quòd in casu *l. 1. de suffragio.* oritur condictio ex l. propter pactum: ex pacto verò non nascitur actio idem tenet Bart. *in l. 1. de condi. ex l. in vlti. parte. & Bald.*

P 2 *in d. l.*

a Vsuræ simpliciter iure diuino non sunt prohibitæ; nā textus sacræ scripturæ, si penitius introspiciantur, loquūtur non de omni vsura, sed ea tātū, quæ pro pecunia credita præstatur; hāc prohibent, ex alia causa si præstatur, nō prohibēre: vid. Molnæum, Burcholdū & Petrum à VVol in tractat. de vsuris. Alij putant hāc licitam quæ exigitur à diuite, & eo qui suo damno, & iactura, hanc potest præstare, illam, quæ à paupere exigitur, illicitam arbitrantur; nam vsura in Hebraica lingua modo vsum significat: de ea itaque vsura, quæ mordet, id est nocet scriptura loquitur. Ita audiui à Donello, quem vide ti. de Vsuris.

caciter constrictus: vel si intelligimus, ꝙ sponsione nuda, dico quòd talis conuentio erat vestita, non lege causa, cũ subiungat tex. promissa restituat, cum ea, quæ optauerit cõsequatur. Ecce ergò siue intelligas, ꝙ sit necesse totum perfectè præstitisse, de quo vide ibi Bal. erit dicendum, quod pactum sit vestitũ, Illa causa s. quia iam incepit pręstare patrociniũ: vel illa, quia iam præstitit. Vnde ex pacto vestito causa ipsa regul. est, vt ciuilis nascatur. Et actio, *vt l. sequenti. §. sed si in alium*: Et ita secundo modo poteris intelligere illam legẽ. ¶Sed nota, quòd isti duo intellectus simul stare non possunt, nã si sponsione se constrinixit s. stipulatione ad ortũ actionis non, exspectatur adimplemẽtũ causæ, etsi ad implementum orta fuit actio, & si fuit vestitum tali causa ante causam, non fuit orta actio: vnde falsum esset, stipulationem præcessisse. Ideò intelligo primo modo, quia securius ita intelligitur, & quòd subijcit *promissa restituant, cum ea, qua optauerint consequantur*, intelligendũ est quo ad executionẽ, nam etiã in obligationibus ab initio efficacibus, ante quã ex parte altera adimpleatur, cessat executio *vt l. Iulianus. §. offerri. de ac. empt.* Vnde restitutio nihil est nisi executio obligationis, quia se constrinxerant. Itaque tex. ille nihil probat de cõdictione ex lege danda propter pactum ad salarium aduocatorum. † Benè tamen credo, ꝙ 34
cum aduocatis honorarium debeatur *vt in l. 1. §. in honorarijs. de var. et extraor. cog. infra.* si clientu-

entulus aduocato promitteret honorariũ tunc etiam ex pacto obligaretur, per ea, quæ notat Bar. *in ista. l. in verb. sequen.* vbi dicit, quod si à lege aliàs sit aliquid debitum, & id pacto promittatur, pactum est efficax: & l. dicitur adiuuari per tex. nostrum, & ita est de mente glossæ hic: & ita potest intelligi tex. *in ea l. 1. §. si cui cautum.* vbi post litẽ finitam possum pacisci de honorario mihi debito, dico, quod secundum communẽ, opi. in lege nostra. pact. etiam aliàs nudum erit efficax: ratio, quia aliàs honorarium iure debetur. *vt in d. §. in honorarijs.* & id, quod iure debetur, pacto efficaciter promittitur. Item & alia ratione valebit in isto casu pactũ: quia cum pactum fiat post litem, & patrocinium iam sit præstitũ, ex illo patrocinio iam pręstito tanquã ex causa præterita vestitur pactũ, vt ostendam *in l. sequenti. §. quinimò. cum tract. auctore de don. remuneratoria.*

Communis opinio.

35 Ex superioribus † infero, quod cum post finitam litẽ etiam de quota parte rei litigatæ liceat pacisci, vt tenet gloss. *in eo. §. si cui cautum. in ver. summa.* quod tale pactum etiam verbis nudum erit efficax. Ratio, quia illa quota loco honorarij promittitur, & honorarium iure debetur. Item quia ad talem promissionem præcessit patrocinij causa, ex qua promissio vestitur *vt l. sequenti. §. sed & si in alium.* Nec òbstat quod textu. ibi loquatur in pacto nudo ad causam futuram: nam non ex eo, quod causa sit futura, promissio est efficax, sed quia iam præcessit causa, ideo oritur actio, & dum

Digitized by Google

& dum causa est in futuro tanquã fienda, non censetur pact. vestitũ, sed dum est in preterito. Sic ergò si præcessit causa ad pact. ab initio erit pact. efficax: quia stat ratio illius. *l. in d. §. sed et si in aliũ. & in. l. solent. & l. si donamus. d. præs. ver.* & ita intelligo l. *1. §. si cui cau. su. all.* aliàs ego nõ inuenio, quare aduocato ex nudo pacto debeatur salariũ, & vt dixi nihil probat lex. *in su. alle.* quod si verum est, aliunde probari necesse erit. Item etiamsi verũ esset, quòd illa lex. cõprobaret pact. deberet nasci ex pacto act. per dispositionem l. nostræ: an aũt in illa l. possit competere de dolo actio, an prę s. verb. ego in his ad vtramq; partẽ publicè disputabam, sed longa argum. congeries perturbat ordinem Bar. quem præcipuũ sequor. ¶ Glo. vltra procedit dando exempla huius l. in eo quòd dicit, vel senatuscon. adiuuatur. Et primò ponit exemplũ pacti oblig. scilicet eius, quod fit inter hæredẽ, & fideicõmis. de soluendis legatis debitis, quod pact. etiam tacitè intelligitur, *vt insti. de fidecom. hæ. §. sed quia. & §. postea.* Item quando restituitur creditor in antiquum debitorem, muliere subducta. *vt. l. quamuis. §. si cum essem.* Item exemplũ est. *infra. de dona. inter virũ & vxo. l. si stipu.* hęc sunt verba glo. Sed Bart. dicit, quod leges allegatæ per gloss. non probant in illis casibus, ex pacto oriri actionem, si conueniatur in id, quod aliàs lege debetur: sed dicit quod prædictæ leges probant iuncta lege nostra. Ex quo notat sing. ipse Barto. quod, quando in pacto nudo

Singulare. deducitur id, quod aliàs erat debitũ ex aliqua parte iuris, illud pactum dicitur roborari lege illa, & hoc per tex. nostrum. ¶ Infert & notat ipse Bar. secundò quod actio de constituta nõ est necessaria, quando in constitutione deducitur illud, quod erat debitum ex lege: ratio quia ex nudo pacto oritur actio, per legẽ nostram. Erit ergò necessaria actio de constituta, quando in constitutione deducitur id, quod erat debitum ex conuentione partium. Hæc sunt verba Bar. Primò noto ex glo. quod pactum factum inter hæredem, & fideicommissarium de soluẽdis legatis debitis, vt vnusquisque secundum suam portionem soluat dicitur lege confirmatum. Huius ratio est, quia vnusquisque secundum suam portionem ex senatusconsulto' est obligatus: *vt. §. sed quia & in §. postea. per glo.* al. vnde si id quod ex senatusconsulto cauetur, in pactum deducatur, id pactum senatusconsulto dicetur adiuuari: & hac ratione ex pacto dabitur actio. Dicit tamen Paul. de cast. quod glossę intentio est bona, sed ipsa ineptè loquitur: Nam nihil facit pactum inter heredem, & fideicommissarium quo ad creditores, quibus legata aut aliæ res sunt debitæ. Ideò pactũ & figurandũ inter heredẽ & legat. vel alios creditores, inter quos, si pactũ fiat, vt fideicõmissarius soluere debeat legata, vel alia debita, etiã si pactũ aliàs sit nudum, ta-
36 men quia actiones † in fideicõmis. transferuntur ex senatuscõ. dicitur tale pactũ ex senatus-

con.

con. roborari.& ita saluat Pau. de cast. glo. nostram in sua intentione, etsi damnet eam in modo exempli. Sed dominus Alex. dicit, quòd glo. etiam in exempli positione nō errat, cum possit saluari in casibus, in quibus hæres habebat actiones contra hæreditatem, puta ex expensis in funeribus factis, & ex prioribus debitis, quia talia debita essent addita hæreditate non confunduntur. Immò remanent efficacia contra fideicommissarium, cui restituta est hæreditas, *vt l. fi. §. in computationem. C. de iure deli. & l. debetur infra. ad Treb.* Et hoc dicit fuisse de mente Bar. vt probatur in verbis inferioribus in exemplo liberatorio: ita dicit do. Alex. Sed etiam alio modo possum gloss. saluare, in exempli positione s. quando sit pactum inter hæredem & legatarium particularem, de soluendis legatis debitis. Nam cum legata res statim sit restituenda ex legis dispositione, si pactum fiat de solutione rei legatæ aut fidei cōmissæ, tale pactum à lege sc. senatus consulto Trebelliano dicetur iuuari. Et quòd ista videatur intentio Bar. patet, quia subiungit in exemplo: quod si pactum fiat inter hæredem, & fidei commissarium, vt hæres debeat soluere legata. Nota quod pactum fuit vt hæres solueret: non vt fideicommissarij soluerent, vnde id quod dicit dominus Alexā. fuisse de mente Bart. non videtur verum, quia Bart. non intelligit, vt fideicommissarius obligetur, sed vt hæres sit obligatus: Inferius verò Bart. aliter

loquitur. Item potest poni exemplum, si pactum fiat inter hæredem & fideicõmissarium, quod hæres teneatur restituere hæreditatis partem, ad qp & tenebitur senatusconsulto, & etiam pacto, quòd ad senatusconsultum sumit auctoritatem secundum intentum glossę. Nec obstat quod gloss. loquatur de soluendis legatis: nam etiam legatorum nomine veniũt fideicommissa, & hodiè prȩsertim pro eodem assumuntur, *vt l. 1. & 2. C. communia de legatis:* & sic etiam à Paulo de cast. potuit defendi nostra gl. Item id nota, quod defensione ipsius Alex. non videtur congrua in casu legis fi. §. in computationem: qui casus est ab illa lege, & non à senatusconsulto. Nam quod debita hæredi nõ confundantur facto inuentario, immò, quod ad ea teneatur fideicommissarius, sine aliqua cõfusione, est ex dispositiõe legis illius, vt notat glo. *in l. in imponenda C. ad legem Falcidiam.* vnde videtur, quod do. Alex. malè excuset ipsam glossam. Sed considera, quia aliquo modo po-
37 teris excusare do. Alex. ¶ Ex dictis ergo glossæ & Bar. elicitur quædam amplissima conclusio, quòd quodlibet debitum à lege, si id pacto ꝓmittatur, erit pactum legitimum, ideò ex tali pacto oritur actio. Infertur etiam secundum Alex. quod siue sit debitum à lege, siue ex cõuentione, si id pacto promittatur, pactum erit efficax. probatur quia *in §. in computationem.* & in *d. l. si debitor. infra ad Treb.* debita erant etiam conuentionalia, & ex talibus obligationibus

tene-

tenetur fideicommissarius ipsi hæredi. Immò *in d.l.si debitor.* ciuilis obligatio confunditur, & naturalis remanet: ex qua naturali agit hæres contra fideicommissarium: Si tamen pacto id fideicommissarius promittat, ex pacto oritur actio, secundum do. Alex. Sed hoc est contra Bar. expresè, qui dicebat, in debitis conuentionalibus non habere locum istam regulam, & sic non est ex intentione Bart. Sed contra ipsam, & contra eundem Alex. qui Bart. refert & sequitur. Scio tamen quod subtiliter potest replicari, Alexandrum non fundare intentionem super obligatione prima, qua ex conuentione tenebatur testator, sed super alia obligatione, qua fideicõmissarius tenetur ad soluenda debita testatoris, ex senatusconsulto: Sed ad hoc replicabitur, quod senatusconsultum non introducit de nouo ipsas obligationes, sed eas tantum transfert in ipsum fideicommissarium tam actiuè, quam passiuè, vt poteris videre *ex l. 1. post prin. infra ad Treb. & §. sed quia ex cap. secundo. Instit. de fideicõmiss. hære.* & sic intelligendum est, quod Senatusconsultum non obligat fideicommissarium, sed actiones quas creditores habebant in ipsum testatorem, transfert in ipsos fideicommissarios, & eisdem actionibus constringit, non alia obligatione. ¶ Item noto † aliud exem- 38
plum supra relatum, *de l. quamuis §. si cum essem infra ad Velle.* vbi ego qui eram tecum contracturus, cõtraxi cum muliere, quam tu dabas mihi

mihi in intercessionem, vt contractus remaneret efficax contra ipsam, & hoc fraude dicitur ibi, quod eadem actione, qua mulier poterat cōueniri, tu cōueneris, subducta muliere ab obligatione: Itaq; ibi fingitur, te stipulatione promisisse eo casu, quo mulier fuit stipulatione obligata, Pono ergò, quod tu pacto ptomittis id, quod fingeris per stipulationem promisisse, certè talis promissio est efficax: & hoc exemplum probatur esse congruum, per *L.1. in prin. C. de rei vxo. actio.* vbi in casu quo stipulatio fingitur, si inutilis stipulatio interueniat, à fortiori lege roboratur: Itaq; istud exemplū etiam extra nostrum text. probatur, & est bonum, etsi doctores id negent. ¶ Aliud exemplū glossæ fuit de *l. stipulata infra de Dona. inter virum & vxor.* vbi stipulatio, qua vxori annuum promittit, viro mortuo in matrimonio cōfirmatur Senatusconsulto.

¶ Dicit tamen Alex. quod hoc exemplum, non est congruum ratio, quia ibi de stipulatione tractatur quæ per se est efficax. Glossa autem voluit hic dare exempla illationis nostræ, l. s. in casibus, in quibus conuentiones per se nō erant efficaces, sed lege comprobabantur. ¶ Aduertendum tamen, quod ideò gloss. allegauit illam legem, quia illa stipulatio ab initio non erat valida, sed adueniente morte per Senatusconsultum confirmatur: vnde quia erat inefficax conuentio, & fit efficax ex approbatione senatus, ideò glossa dedit hoc exemplū.

¶ Se-

¶ Secundò principaliter noto † illatione, quã facit Bar. quòd quando in pacto deducitur id, quod aliàs erat debitum ex aliqua parte iuris, illud pactum dicetur lege, aut iure illo iuuari, ista conclusio est glossæ Bart. Bal. & Pauli, sed quia aliqui doctores contra Bar. tenebanr, vt Raph. in quibusdam scriptis, secundum quod refert Alexan. & non rectis fundamentis, ideò do. Alex. idem tenet allegando duo iura s. *l. non impossibile infra eo. & ibi Bar. & l. inter socerum §. conuenit infra de pactis dotalibus*: quem tex. ad hoc reputauit singularem & dicit à nemine ante sua tempora ponderatum. *Lud. Roma. singu. d. 22. incipit. Tu audiuisti. &c.* & ita concludit do. Alex. & sequuntur Moderniores. ¶ Sed in veritate hæc conclusio non habet aliam auctoritatem quã tantorum virorum opinionem. Ego negatiuam non potero probare, quia id est difficile, tamen affirmatiuam non esse probatam ostẽdam. Sed primò contra doctores videtur facere ratio, quia videmus, quod in his, in quibus à iure imponitur necessitas, si illud debet fieri, per contractum ius præcipit id per stipulationem fieri, & non nudã conuentionẽ, quia stistipulatio est contractus de se efficax, & nuda conuentio non habet iuris efficaciam, quam si haberet, non esset necesse interponere stipulationis necessitatem. Hoc probatur in omnibus casibus, in quibus quis compellitur de iure ad stipulandum. *vt l. in omnibus infra de iudicijs.* Item in prætoris stipulationibus, *vt per totum*

39 Singulare.

totum titulum de prætorijs stip. Item in stipulatione iudicatum solui. *vt leg. 1. infra iudicatum solui.* Sed si quis respõderit, quod docentes loquuntur in casu, quo prius est debitum à iure, & postea promissum: ratio vero mea, quando stipulatio fit ad debendum ex ea: respondeo, quod aliquando fit stipulatio, etiam super debito: Sed etsi ad debendum fieret, nulla est rationis differentia, quia eo ipso, quod stipulationis dies cedit & oritur obligatio. Est etiam aliàs iure debitum, vt in stipulatione rem pupilli saluam fore, & stipulatione iudicatum solui, nam post rem iudicatam statim dies obligationis cedit, & etiamsi iure sine stipulatione id debetur, nihilominus tamẽ stipulationis forma exigitur: quæ si non esset necessaria, aut vtilis magis, quàm conuentio nuda, non exigeretur. Ex quo coniecturatur, quod concursus legalis obligationis nudam conuentionem non facit efficacem. Item hoc etiam probari videtur in omnibus stipulationibus fictis, nam cum fingatur stipulatio, certum est, quod quo ad veritatem iuris id propter stipulationem debetur: Ius tamen fingit stipulationem, quia omnia suo recto ordine, & principijs à iure introductis, voluit cõponere atq; ordinare. Sic ergo dicendum, quod & si aliàs iure aliquid debeatur ad hoc vt, ex contractu deberi possit, debet contractus esse solennis, & de se efficax. Scio, quod potest replicari ex his quæ supra diximus in primo glossæ exemplo de *l. prima*

Fictio non est necessaria vbi veritas subest.

prima in princip. de rei vxoriæ actione. vbi cum fingitur ſtipulatio, à fortiori valebit inutilis: & ſic nuda etiam conuentio confirmabitur. Quod etſi verum eſſet, tamen poteſt reſponderi, q̄ ibi loquitur in caſu in quo fingitur ſtipulatio: A fortiori ergò conualidabitur pactum: ſecùs vbi non fingitur, etiam ſi à iure id debetur, quia ceſſat ratio tex: Itaq; ad noſtrum propoſitum facit: quia fingitur ſtipulatio, & non cōuentio, & contra nos non facit, quia cum lex voluit fingere, maiore ratione debuit approbare. ¶ Præterea nullam ego video rationem differentiæ, an l. ſit aliquid debitum, vel ex cōtractu: nam etiam ſi ex contractu debeatur, lege tamen debetur, quia talis contractus lege approbatur, vt in principio l. *noſtra & l. ex hoc iure ſu. de iuſt. & iur.* Sed videmus, quod ſi ego ſimpliciter promitto id, quod efficaciter debeo, non oritur ex ſimplici promiſſione actio: niſi habeat formam conſtituti, vt inferius oſtendam: Ergò ita & ſi lege debeantur, niſi adſit forma conſtituti, non debet ex pacto oriri actio: quia in hoc nulla rationis diuerſitas, cum vtrumque lege debeatur, & à fortiori: quia fortius debetur ex contracto, quam ex ſimplici legis diſpoſitione, vt notant doctores *in dicta l. ſi vnus §. pactus.* in eo, quod de iniuriarum actione tractatur, & dicam inferius. Et eandem eſſe rationem debiti legalis, & conuentionis efficacis, tenet Paul. de cap. hic cum non faciat differentiam.

¶ Venio

¶ Venio ad ſolutionem eorum, quæ doctores adducunt, in quo ſtat tota vis. Et primò vt ipſi etiam docentes fatentur, tex. noſter non probat hic, quia hoc declaratur, quæ ſit conuentio legitima, & ea eſt quam lex confirmat: & hinc infertur, quod quotiens ex pacto actio naſcitur, dicit lege pactum iuuari. Itaque hîc tractatur de confirmatione ipſius conuentionis, qua conuentio efficitur legitima, non autem de eo, quod lege debet, ſi conuentione id promittatur, an dicatur conuentio legitima: nam hoc aliunde erit neceſſe probari. Item non probat l. non impoſſibile infra eod. quia ibi dubitatur vtrum paciſci poſſit in depoſito mandato vel commodato, ne ſeruum facias furem vel fugiuum: & dicit tex. quod in talibus contractibus poſſibilis eſt talis pactio, cum aliàs etiam iure ad id teneatur: Itaque ibi dubitatio eſt, an pactum ſit licitum, non autem an ſit legitimum: Immò cum Iuriſconſultus dicat tãtum eſſe poſſibile videtur quod ex hoc magis neget eſſe legitimum ex ſpeciali approbatione: Benè verum eſt, quòd declarat non eſſe contra ius, & ideò valere, prout de iure aliàs valere poteſt, non tamen dat ſpeciale robur, & priuilegium tali pacto, quod quaſi per totum iſtum titulum ſæpius videbis, maximè *in l. iurigent. poſt §. Prætor*: quia cum Prætor dixerit pacta eſſe ſeruanda tractatur, quæ ſint ſeruanda, & quæ non ſint ſeruanda: *vt in vtroq; §. ſi paciſcar. & §. ſed et ſi, & in §. item ſi quis vſq; ad finem.*

Digitized

nem. Tamen ex eo, quòd ibi dicatur pactum valere non propterea parit actionem, aut tollit eam ipso iure, vt in illis iuribus patet. Sic ergò in l. non impossibile. Fateor tamen, quòd in illa lege ex pacto nascitur actio, sed non ea ratione, quòd pactum sit specialiter roboratum. Sed quia iuxta contractum depositi, cõmodati, vel mandati est positum. Itaque hoc vestimento erit vestitum. *vt l. sequenti §. quinimò vestimento verò* nostræ legis non probabitur, pactum illũ esse vestitum, adeò, quòd glo. ibi dubitat, an pactũ sit superfluum; quantò minus debemus dicere, specialiter vltra alia pactum esse confirmatum. Ibi ergò tantum permittitur pactum, sed non specialiter confirmatur, quod etiam constat ex *l. qui mutuam. ff. mandati, & ex regula: qui dubitationis de reg. iur.* vbi dicitur, si aliqua ponantur in contractibus, qui iure ipso intelliguntur, deductio conuentionis nõ lędit ius commune: ecce quòd tantum dicitur, quod non lędit, idest non aduersari iuri, prout hic dicitur, nòn impossibile esse: Aliàs sequeretur, quod omnia pacta, quæ sunt possibilia, producerent ipso iure actionem, quod est falsum, *vt in d. §. si paciscar.* ¶ Non obstat *lex inter socerum §. conuenit. su. all.* immò illa lex probat contra inducentes: ibi enim, cum aliàs maritus teneatur ad expensas, quas in itinere facit vxor, *vt l. si quis per vxorẽ, infra de do. inter vi. & vxo.* conuenit, vt vir quocunque vxor iret, eidem expẽsas faceret, postea, cum ad literas viri ipsa Obiectio.

ad ipsum in prouincia commorantem veniret, si vir non obseruat pactum, licèt directa actio nulla competat, vtilis tamen danda est in factum. Ecce, quod secundum doctores, loquitur in conuentione, ex qua promissum fuit id, quod alias iure debebatur, & tamen nõ competit aliqua actio directa, sed vtilis: quod si verum esset, ex pacto actionem nasci, non daretur vtilis, in factum, sed actio præs. verbis oriretur, per tex. expressum, *in l. iurisgenti. §. & ideò puto infra eod.* vbi cum ex pacto actio nascitur, datur præs. verbis actio, & non vtilis: In quo fuit Iulianus, à Martiano, & Aristone reprehensus, & ita glo. Bar. & sequaces videntur posse reprehendi. Nec facilè nobis respondeas, quod vtilis in factum dicatur actio præs. verbis: quæ ex pacto oritur, prout ipsi Moderni intelligunt, nam vtilis in factum distinguitur ab actione præs. verbis, *vt l. quotiens de præs. verbis & ibi glo. & omnes doct. fatentur in l. cum mota C. de transa.* quod actio præs. verbis, quæ ex pacto oritur, est actio directa, & tamen text. ibi negat vllam competere directam: Ergò non oritur actio præs. verbis directa. ¶ Itẽ ad quartum argumentum, quod addit dominus Iaso. *de l. qui negotia in fine princip. iũcta l. idemq. §. si procurator inf. a mandati.* Respondeo, quod in illa *l. qui negotia.* si vsuræ erant debitæ, erant debitæ obligatione mandati, quia in mandato veniunt vsuræ. & ita tenet Bar. *in d. §. si procurator.* Eadem ergò actione mandati, petuntur vsuræ *in d. l.*

Cõmunis opinio.

Digitized by Google

in d. l. qui negocia: vnde nihil probatur ibidem, cum non probetur, ex illo pacto dari actionẽ: vel si intelligis, vt Bar. pactum erat appositum in continenti, quia mandatum est contractus successiuus, vnde ex pacto in cõtinenti apposito, debentur vsuræ secundum Bar. Hoc tamẽ teneas secundum Bart. auctoritatem de qua dubito, quia ibi ex conuentione non competit mandati actio, cum conuentio fuisset facta ad mutuum, & nõ ad mandatum: Sed ideò tenetur ad semisses vsuras, de quibus conuenit, quia illæ erant communes, quod per conuentionem declaratur. Itaq; nec vno, nec alio modo, Iasonis comprobatio recta est. ¶ Item cõtra eum videtur facere, quia illæ vsuræ sunt debitæ per actionem, ex contractu, *vt in d. §. si procurator.* etiam si tacitè ad vsuras mandati actio extendatur, *vt in l. si is qui infra commodati*: Et sic cõtra Bar. & cõtra sequaces, & alios qui dicebant, quod in obligationibus ex contractibus, non habebat locum nostra regula. Ex his habes fundamenta, & Bar. & glossæ, & cæterorum resoluta, & ideò credo hanc opinionem eorum iure non probari, aut saltem nõ ex his, quæ allegata fuerunt, ex quo plurimum dubito ea præsertim ratione, quæ finaliter occurrit: nam secundum glossæ & Bar. intentionem, tale pactum legis societate, si ad liberandum fiat, tollet obligationem ipso iure per textum nostrum. Sed ego video, quod liberatio iure debita à stipulatione non potest fieri per

pactum nudum, *vt l. 3. §. nunc de effectu de libr. leg. infra.* Ergò tale pactum non est legitimum, videmus enim, quod liberatione legata, hæres compellitur acceptilatione liberare, cogita.

39 ¶ Tertiò noto, secundam illationem, quam facit Bar. quod vbicunqne debitum est legale, & in pactum deducitur, non est necessaria actio de constituta, quia ex tali pacto, virtute legis nostræ, oritur actio, intantum, quod secundum Paul. de cast. hîc actio de constituta solum erat necessaria, in obligationibus inefficacibus, puta in naturali obligatione, quæ si in constitutum deduceretur, efficiebatur efficax, sed in ciuilibus obligationibus, eo ipso, quod debitum ciuile in pactum deducitur, eodem pacto efficaciter, qui tenetur, & ita intelligit glossam simpliciter, siue in obligationibus ex contractu, siue ex meris legalibus, & ita dicit in quodam examine discussum, & determinatum fuisse. Nota tamen quod vt supra vidisti Bar. & cæteri intelligebant tantum in obligationibus legalibus, secus in cōuentionalibus: quia in his negant, quod lex nostra habeat locum. Sed si in legalibus concedunt, in cōuentionibus concedere possunt: quia eadem ratio, vt supra in proximo notabili dicebam. Et ita loquitur Pau. etsi Alex. & Iaso. aliter referant. Sed forsan in vtrisque negandum est, quia corruit eorum fundamentum. Ideò enim dicebant actionem de constituta non esse necessariam, quia aliàs ex pacto nascitur actio.

Digitized by Google

ctio. Sed hæc ratio redditur dubitabilis, ergò & id, quod ex ea constare docent. Vnde constat actionem de constituta vtilem. & necessariam, tam in obligationibus ciuilibus ex contractu, & ex lege descendentibus, quàm etiam in naturalibus, hanc tamen necessitatem intelligo ad actionem ex conuentione secundæ obligationis dandam, nõ autem ad actionem primam: quia illa ex obligatione legali, vel ex obligatione cõtractus habet efficaciã. ¶Quar- 42
tò noto ex intentione Bart. quod etsi actio de constituta nõ sit necessaria, quando habemus aliam actionem: tamen cõcurrere potest. Sed Ang. tenet hîc contra Bart. dicens, quod non potest dari concursus: ratio erat, quia actio de constituta est subsidiaria, vnde si habemus aliam, non potest concurrere cum ea, & dom. Alex. hîc facit, arg. pro eo de *supra al. l. inter socerum §. conuenit.* vbi datur actio vtilis in factum ex pacto illius, quod aliàs mihi iure debebatur. Ergò non datur actio subsidiaria, *vt in l. quotiens de præs. verbis.* ¶Item pro opinione Angeli potest adduci *tex. in §. de constituta. Instit. de actio.* vbi cum in conuentione ponitur stipulatio, non habet locum actio constituti, & ita tenet Bar. *in l. 1. in §. ait Prætor infra de const. pec. per illum tex. in §. de constituta.* ¶ Item facit ratio Io. Fabri, & Petri de bella per ibidem, nam vbi sunt remedia communia, & ordinaria, non sunt quærenda extraordinaria, & contra ius commune pertinentia, quia duo remedia: v-

num secundum ius cõmune aliud contra, **non** possunt cõcurrere, *vt l. 1. §. si debitori vt in pos. legatorum, l. quædam in prin. ff. de edendo.* Sed ita est in terminis nostris, quia quando constitutum sit per stipulationem, hic possunt esse duo remedia, vnum, ꝙ est de iure communi, scilicet actio ciuilis de constituta, quæ actio dicitur cõtra ius commune, eò quòd competit ex pacto nudo, quod est contra regulas iuris communis, ergo benè sequitur, quod isto casu solum, possit competere actio ex stipulatione, & sit remedium iuris ciuilis. & ita loquitur §. de cõstituta, & ita tenebant communiter doct. vt videbis hic do. Alex. & Iaso. & Iaso. *in d. §. de constituta, alias in §. in personam in 4. & 9. col.* Sed Iacobus Butr. fuit in contraria opinione, dicens ꝙ sequeretur, secundum hoc, quod si ego dico, constituis te soluturum id, quod debes, & tu respondes, constituo, non erit constitutum: ratio, quia erit stipulatio. *vt l. omnis C. de contrahen. & com. stip. §. sed hæc solennia de verborum obligatio. Instit.* & sic sequitur, quod in paucis, & admodum rarò habebit locum actio de constituta, quia communiter omnes vtuntur interrogatione: & responsione, ideò conatur respondere ad text. in §. de constituta, vt inferius videbis.

Cõmunis opinio.

43 ¶ Ego verò, quia video aliquos diuersos à sensu legum, ideo primò præsuppono, quod contractus constituti est nominatus, hoc probo duabus rationibus. Primò, quia habet nomen

Digitized by Google

men specificum, vltra nomen conuentionis, vt res ipsa ostendit, ergò erit contractus nominatus. *vt in l. prima in §. final. supra eodem.* § Secundò (& hanc coniungo cum prima ratione) quia habet actionem specialem à nomine contractus, ergò erit contractus nominatus: præsuppositum probatur ex, *§. de constituta supra allegat. & ibi gloss. & in l. prima §. ait Prætor. ff. eo. & l. prima C. eo.* consequentia valet *per l. infra proximam in princip. ibi.* quæ pariunt actionem in suo nomine non constant: nec obstat, quod in contractibus gentium loquatur, quia eadem est ratio in isto, & si esset ciuilis: Item probo auctoritate ab omnibus approbata: nam Bart. in l. infra prima. §. quinimò in vlti. col. docet, quod vbi contractus à iure etiam ciuili habet nomen & formam, erit contractus nominatus. Sed † ego probo, quod à prætore habet contractus constituti nomen actionem, & formam: ergò erit contractus nominatus, & nomine, & actione. Iam constat, de forma probo per text. *in l. prima §. ait Prætor.* scilicet quod non sufficit sola conuentio promissiua, sed quod talis promissio constituatur, & dirigatur ad debitum præcedens: Itaq; est necesse debitum primum constitui in secunda promissione, quod satis apparet *ex dicto §. ait Prætor, ibi, qui pecuniam debitam constituerit &c.* Item probatur in eadem *ls. §. eum qui:* in his verbis dicendū est de constituta experiri nō posse, quoniā non animo constituentis, sed promitten-

An constitutum sit contractus nominatus.

44

mittentis factum est. Idem probatur *in l. 3. in fi. cum l. sequenti eodem titu.* & hoc est de mente Bar. *in d. l. 1. §. Prætor ait.* Ex quo infertur, quòd si quis id, quod semel debuit, ꝑmittat simplici dicto, non referendo ad prius debitum, nó esset constitutum, quia deficit forma. Item probari videtur per tex. *in l. receptitia. C. de cons. pe. versi. & liceat.* Vbi dicit Imperator, quod non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem: pondera verbum *Penitus*, & quòd in cõtractibus: dignitas est habere nomen, *vt in l. iurisgentium in princip. insi a eodem.* ¶ Ex his ergò habemus, quod contractus constituti, est nominatus, *& tenuit Bart. hic simplici verbo: semel in princip. & posteà in fi. Idem tenet in l. sequenti. §. igitur nuda: de quo miratur dominus Iaso. in §. in personam. Insti. de act. post 1. col. & in 10.* quia Bar. tenuit contra *in l. 1. in §. 1. ff. de consti. pec.* & dicit *in 10. col.* quod forsan teneret hanc opinionem etsi loquatur sine fundamẽto, nisi obstaret ratio ista scilicet quia videmus, quod fideiussio est conuentio nominata, & habet specificum, & elegans nomen, & tamen si fiat pacto nudo non valet, nisi interueniat stipulatio. *l. blanditus C. fide:* & dicit, quòd isti rationi non videt bonum responsum: certè quando non benè opponitur, nec benè responderi potest: nam non valet consequentia, constitutum fit sine stipulatione, & ex eo oritur actio, ergo in alijs conuentionibus, sine stipulatione, oritur actio.

Opponenti malè responderi non potest benè.

45 At si dicat † fideiussionem esse nominatam: fateor

Digitized by Google

fateor, sed non habet nomen, antequam sit in esse, tamē producitur per stipulationem, *vt in l. 5. §. satis acceptio: de verbo. obli.* vnde ex nudo pactò nō potest habere actionē cum ex nudo pacto, non consistat, *vt in l. sciendum. de ver. oblig. §. fi. Insti. de fideiuss.* Hoc ergò præsupposito: dico, quod, si ego dicerem, constituis mihi centum quæ debes, & tu responderes constituo, non video quare non sit constitutum validū, imò quod validum sit, videtur probari, quia hîc adest forma constituti, adest materia scilicet ipsum debitū, adest causæ efficientis intentio scilicet ipsius Prætoris, qui constituta ex consensu facta custodit, quemadmodū graue est fidem fallere. *l. insi a. eo. in princ.* itaque cum hîc sit consensus constituti, ergo comprehenditur in edicto: si verò dicas, quod constitutum non potest esse per verba stipulationis, tunc incidimus in aliam quæstionem, an in contractibus nominatis possit intercludi stipulatio, vt puta, si dico vendis? tu dicis vendo: in qua quæstione maior dubitatio est, an sit stipulatio, quam an sit contractus nominatus de per se, vel an vterque, vt poteris videre in Rubrica de verbo. obligat. per Moder. qui latissimè hoc tradunt, quo ad materiam nostram, id erit verum, quod si per ista verba vendis vendo, est emptio, & venditio: ita per ista constituis, constituo, erit constitutum. ª ¶ Ideò ego cre-

Q 5 do.

ª Si accedit stipulatio cum quis se soluturum dicit, quod ipse, vel alius debent, nō erit constitutum, sed stipulatio §. de constituta Instit. de action. ibi, nulla scilicet stipulatione interposita constitutū à Prætore introductum, tanquam in defectū efficacis obligationis. Si itaque ciuilis obligatio & actio nobis datur, vt via ordinaria ad prætoriū ius, vt aliquid extra ordinem, curendum non est argument. in l. 1. ff. de publi. actio.

do, quod in isto casu sit constitutum, & stipulatio, si vera est opinio eorum, qui dicunt verũ que contractum stare posse, vt est Cyni. *in l. hac consultissima. §. per nuncupationem. C. de testa. & ibi Iacob. de Ra. & Albe. de Rosa. & ita tenent Moder. Peru. & Senenses. in Rubr. de ver. oblig.*
46 † quorum auctoritati credam. An autem id, quod aliàs ex aliqua parte iuris debetur, possit per constitutũ deberi, distinguo, aut illa secũda obligatio est ex pacto, & ista est putatiua doctorum, quia cum sit constitutum non potest esse pactum nudum, nec ex pacto nasci, prout nudo, aut si nascitur, non est constitutum, quia est cõtractus nominatus. Vnde inepta est determinatio doctorum, & dubitatio eorum, qui credũt illationem nostri textu. posse habere concursum, cum actione de constituta, quia principio tex. conuenit, non illationi: aut dubitatur, an possit deberi ex alio capite, vt puta, statuto, vel consuetudine, & tunc vtraq; obligatio cõcurrere potest. Nec obstat q actio de constituta subsidiaria, quia fateor, q fuit subsidiaria inuentione, postea verò vbicunq; in eadem necessaria, vel formalia interueniunt, oritur talis actio, quia nec forma deficit quam Prætor introduxit, nec æquitas, qua fuit motus, ita notatur *in l. pecoribus. C. ad legem Aquiliam. & in l. quemadmodum. §. & magistratus. ff. eodem.* & ita tenet hîc dominus Alexan. imò dixit, quod duæ diuersæ subsidiariæ actiones concurrere possunt per supra dicta. *facit lex quòtiens. ff. de* obligat.

Digitized by Google

gat. & act. & quod dicit Bartolus *in l.1. de condi. ex l. in fina. verbis.* & in hoc credas do. Alexand. & gloss. quorum auctoritate id teneo. Vnde saluanda est intentio Bartol. hîc qui dicebat non esse necessariam, sentiebat tamen stare posse cum alia actione, non tamen intelligas cum actione ex nostra lege, vt supra declaraui. Non obstat argumentum Alexa. *quod facit de l. inter socerum §. conuenit de pactis dotalibus.* vbi datur actio vtilis in factum subsidiaria, ergo non cõpetit actio de constituta: que si cõpeteret non daretur illa subsidiaria in factũ. Ipse soluebat, quod actio de constituta, erat subsidiaria, & etiam illa, & quod duæ subsidiariæ concurrere possunt.

¶ Mirum est, quod tantum peccet dominus Alex. in arg. & in solutione. Primò malè videtur sentire, cum dicat, quod actio quæ ex nudo pacto per confirmationem legis oritur, est subsidiaria: & de hoc. su. dictum est. ¶ Secundò 47
peccat in eo, quod credit, quod actio de constituta detur ex sola promissione rei debitę, nam nõ sufficit, quod res aliàs debita promittatur: sed quod ipsa, vt debita constituatur, vt supra ostendebam & *tex. est in d. l. 1. §. eum qui ibi. quoniam non animo constit. sed promittentis factũ est.* nam si tantũ interueniat ꝓmissio eius rei, quæ ex alio cap. debita est, nisi exprimatur, eam debitam & tanquam debitam promitti, non erit constitutum.

¶ Exempli gratia: debebas mihi Stichum

eueniṭ,

euenit, vt Stichum mihi promittas, certè falsum est quod hîc sit constitutum, sed si mihi promittis Stichum quem debes, credo re ipsa esse constitutum, vt *in l. quidam. & l. si. totius. eo titulo.* Vnde lex inter socerum. §. conuenit, nihil facit ad propositum quia ibi & si verũ esset, quod id, quod fuit promissum iure deberetur: non tamen fuit promissum animo constituendi, quia ad debitum nulla fuit facta relatio. Vnde nimirum, si non competat constituti actio, quia non animo constituentis nec forma requisita, fuit conuentum, & hæc est ipsa veritas: imò quod fortius est, forsan ostẽdam, quod ibi non fuit conuentum de ea re, quæ aliàs iure erat debita. ¶ Tertium in quo ego dubito de domino Alexan. est, cum dicat in solutione. §. conuenit, quod illa subsidiaria actio in factum, de qua in illa lege potest concurrere, cum actione de cõstituta, dubitationis causa ea est, quia ibi dicit text. nullam competere directam actionem, tamẽ vtilem dari, si enim nulla directa potest competere: ergo non potest competere actio de cõstituta, quia est directa, imò quod magis est, ex contractu nominato nata, ergo in illo casu actio de constituta non concurrit. Benè verum est, quod actio de constituta poterit concurrere forsan cum alia actione, & in hoc fortè benedixit. d. Alex. vt supra dicebam, sed non potest concurrere, cum datur aliqua actio vtilis in factũ, in casu quo nulla directa competit, quia quod nulla

Digitized by Google

nulla directa competat, & quod competat actio constituti, essent sibi pugnantia.

¶Non ob. secundum arg. de. §. de constituta: vbi si interuenit stipulatio non potest habere locum de constituta actio, præsertim pōderando in verbo *alioquin.* de cuius natura est, adducere dispositionem contrariam præcedenti dispositioni vt Bar. *in lege prima in versic. quarto in 5. col. infra de condi. & de.* ad quem text. Iaco. Butri. & Iaso. *vt ipse refert in. d. §. in personam. in 4. col.* respondent, quod ibi ex eo, quod cum stipulatur, teneatur iure ciuili, non negatur, quod competat actio de constituta, & in hoc adducit dispositionē contrariam, quia in primo casu ex pacto nudo fit cōstitutum, & ideò solùm competit actio ex stipulatione, & ita respondent Moderni *in. §. in personam. in 5. colo. in prin.* ¶Hæc responsio non resoluit intentio- 48
nem. §. de constituta, imò destruit eam: quia ad hoc vt ex neruo text. intelligas, debes eum referre ad. §. sed istæ quidem: vbi actionum fit diuisio: aliquæ enim prætoriæ: aliquæ ciuiles scilicet à legibus. Et primò ex ordine Imperator docuit prætorias, & inter istas ponitur de constituta actio. Dicit ergò tex. quod de constituta cum omnibus agitur, qui se soluturum constituerunt: nulla scilicet stipulatione interposita, nam alioquin si stipulanti promiserit, iure ciuili tenetur: hæc sunt verba legis. Ecce quod constitutum, vt constitutum sit, debet fieri nulla stipulatione proposita, & sic in con-

vbi dubitatur, & poni debet talis casus, vt dubium determinet. Ponamus quòd aliquis promisit per stipulationem centum, quæ debuit, & ista stipulatio fuit inutilis aliqua causa, non tamen ex defectu consensus, quia cōstat quod voluerunt stipulari, dubitatur an valeat talis stipulatio iure constituti. Respondet Vulpianus, quod non ea ratione quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum est. Hæc sunt verba Iurisconsulti. Ecce ergò, quod ideò in stipulatione non censetur inesse constitutum, quia stipulator non creditur constituere velle, & ideò quia non animo cōstituentis fecit non erit constitutum, ita ergò procedit dictus. §. de constituta: & ita intelligo Bart. in. l. 1. §. infra. de constit. ¶ In casu verò quem ego posui scilicet quando ego dixi: constituis mihi soluere centum, quæ mihi debes, & tu respondisti constituto, non possumus dicere non esse animum constituendi, quia contrarium probatur, ideò benè potest esse constitutum, vt patet ex eadem intentione Vulpiani *in. l. 1. §. eum qui. su. all.* & ex his, quæ in prin. quæstionis dixi. An autem sit stipulatio, profunda est quæstio, & non nostræ materiæ, sat est, quod do. Iaco. Bu. & cæteri fatentur stipulationem esse. Ergò concurrere possunt & ita etiam defendemus dictum Barto. in nostra. l. legitima. Non obstat argu. tertium Petri de bellapertica, & cæterorum, quod vbi concurrunt duo remedia, vnum contra ius

Obiectio.

commu-

Digitized by Google

cõmune, aliud secundum ius commune &c. Sed hîc concurrunt duo remedia scilicet stipulationis actio secundum ius cõmune, & actio ex pacto nudo commune. Ad hoc respondet dominus Iaso quod imò nihil est cõtra ius cõmune, cum in quæstione nostra non nascatur ex pacto nudo, sed ex stipulatione. ¶ Sed an arguentes, & respondentes benè sentiant, ego dubito: & primò in hoc, quòd credunt actionem constituti dari contra regulas iuris communis, quia ex nudo pacto datur: nam nos videmus quòd constituti contractus est nominatus & introductus à lege prætoria, vt hîc tenet Bart. paulò inferius, & ipsi doctores fatentur, & ego necessariò probaui. Sed quod ex contractu nominato detur actio, hoc est regulare vt in *l. iurisg. in pri.* & passim hoc doctores fatentur: Ergò malè intelligunt quòd contra regulas iuris communis, detur actio in cõstituto, a & si dicas, quod introducere nouum contractum, & nouam actionem est cõtra regulas iuris communis, hoc est falsum, quia ius iure potest introducere nouos contractus vt Bar. declarat satis latè. in l. 1. de condi. ex lege. & hic sentit & text. est in nostra. l. in prin. cum quatuor exemplis positis à glo. ex quo etiam sequitur, quod non oritur actio ex pact. nudo secundũ superiora & omnes doctores fatẽtur in nostra. l. in quantũ dicunt, ꝙ contract. nominati cõpetunt princ. legis nostræ, & nou illationi, de quo inferius: imò etsi verum esset,

a Non est contra ius cõmune. dare actionem & cõtract. (hec concessio. si ꝙ constitutum nũc sit cõtract. nominatus) sed illud refragatur regu. certis iuris quod cum ante prætorum confirmationem cõstitu esset. nudũ pact. per Prætores id effectũ sit, vt ex illo pacto oblig. & actio nasceretur, cum regu. ex nudo pacto actio nõ oriatur l iurisgen. § quin imo ff de pactis.

R quod

mittentis factum est. Idem probatur *in l. 3. in fi. cum l. sequenti eodem titu.* & hoc est de mente Bar. *in d. l. 1. §. Pretor ait.* Ex quo infertur, quòd si quis id, quod semel debuit, pmittat simplici dicto, non referendo ad prius debitum, nõ esset constitutum, quia deficit forma. Item probari videtur per tex. *in l. receptitia. C. de consti. pe. versi. & liceat.* Vbi dicit Imperator, quod non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem: pondera verbum *Penitus*, & quòd in cõtractibus: dignitas est habere nomen, *vt in l. iurisgentium in princip. in fi a eodem.* ¶ Ex his ergò habemus, quod contractus constituti, est nominatus, *& tenuit Bart. hic simplici verbo: semel in princip. & postea in fi. Idem tenet in 1. sequenti. §. Igitur nuda: de quo miratur dominus Iaso. in §. in personam. Insti. de act. post 1. col. & in 10.* quia Bar. tenuit contra *in l. 1. in §. 1. ff. de consti. pec.* & dicit *in 10. col.* quod forsan teneret hanc opinionem etsi loquatur sine fundamẽto, nisi obstaret ratio ista scilicet quia videmus, quod fideiussio est conuentio nominata, & habet specificum, & elegans nomen, & tamen si fiat pacto nudo non valet, nisi interueniat stipulatio. *l. blanditus C. de fide:* & dicit, quòd isti rationi non videt bonum responsum: certè quando non benè opponitur, nec benè responderi potest: nam non valet consequentia, constitutum fit sine stipulatione, & ex eo oritur actio, ergo in alijs conuentionibus, sine stipulatione, oritur actio.

Opponenti malè responderi non potest benè.

45 At si dicat † fideiussionem esse nominatam: fatcor

fateor, sed non habet nomen, antequam sit in esse, tamē producitur per stipulationem, *vt in l. 5. §. satis acceptio: de verbo. obli.* vnde ex nudo pactò nō potest habere actionē cum ex nudo pacto, non consistat, *vt in l. sciendum. de ver. oblig. §. fi. Insti. de fideiuss.* Hoc ergò præsupposito: dico, quod, si ego dicerem, constituis mihi centum quæ debes, & tu responderes constituo, non video quare non sit constitutum validū, imò quod validum sit, videtur probari, quia hîc adest forma constituti, adest materia scilicet ipsum debitū, adest causæ efficientis intentio scilicet ipsius Prætoris, qui constituta ex consensu facta custodit, quemadmodū graue est fidem fallere. *l. in fi a. eo. in princ.* itaque cum hîc sit consensus constituti, ergo comprehenditur in edicto: si verò dicas, quod constitutum non potest esse per verba stipulationis, tunc incidimus in aliam quæstionem, an in contractibus nominatis possit intercludi stipulatio, vt puta, si dico vendis? tu dicis vendo: in qua quæstione maior dubitatio est, an sit stipulatio, quam an sit contractus nominatus de per se, vel an vterque, vt poteris videre in Rubrica de verbo. obligat. per Moder. qui latissimè hoc tradunt, quo ad materiam nostram, id erit verum, quod si per ista verba vendis vendo, est emptio, & venditio: ita per ista constituis, constituo, erit constitutum. ¶ Ideò ego cre-

Q 5 do.

Si accedit stipulatio cum quis se solutu- rum dicit, quod ipse, vel alius debent, nō erit consti- tutum, sed stipulatio §. de con- stituta In- stit. de a- ction. ibi, nulla scili- cet stipula tione in- terposita constitu- tū à Præ- tore intro- ductum, tanquam in defectū efficacis obligatio- nis. Si ita- que ciuilis obligatio & actio no bis datur, vt via or- dinaria ad prætoriū ius, vt aliquid extra ordinem, curendum non est argument. in l. 1. ff. de publi. actio.

do, quod in isto casu sit constitutum, & stipulatio, si vera est opinio eorum, qui dicunt verũ que contractum stare posse, vt est Cyni. *in l. hac consultissima. §. per nuncupationem. C. de testa. & ibi Iacob. de Ra. & Albe. de Rosa. & ita tenent Moder. Peru.*
46 *& Senenses. in Rubr. de ver. oblig.* † quorum auctoritati credam. An autem id, quod aliàs ex aliqua parte iuris debetur, possit per constitutũ deberi, distinguo, aut illa secũda obligatio est ex pacto, & ista est putatiua doctorum, quia cum sit constitutum non potest esse pactum nudum, nec ex pacto nasci, prout nudo, aut si nascitur, non est constitutum, quia est cõtractus nominatus. Vnde inepta est determinatio doctorum, & dubitatio eorum, qui credũt illationem nostri textu. posse habere concursum, cum actione de constituta, quia principio tex. conuenit, non illationi: aut dubitatur, an possit deberi ex alio capite, vt puta, statuto, vel consuetudine, & tunc vtraq; obligatio cõcurrere potest. Nec obstat q̃ actio de constituta subsidiaria, quia fateor, q̃ fuit subsidiaria inuentione, postea verò vbicunq; in eadem necessaria, vel formalia interueniunt, oritur talis actio, quia nec forma deficit quam Prætor introduxit, nec æquitas, qua fuit motus, ita notatur *in l. pecoribus. C. ad legem Aquiliam. & in l. quemadmodum. §. & magistratus. ff. eodem.* & ita tenet hîc dominus Alexan. imò dixit, quod duæ diuersæ subsidiariæ actiones concurrere possunt per supra dicta. *facit lex quotiens. ff. de* obligat.

Digitized by Google

gat. & act. & quod dicit Bartolus *in l.1. de condi. ex l. in fina.verbis.* & in hoc credas do. Alexand.& gloss. quorum auctoritate id teneo. Vnde saluanda est intentio Bartol. hîc qui dicebat non esse necessariam, sentiebat tamen stare posse cum alia actione, non tamen intelligas cum actione ex nostra lege, vt supra declaraui. Non obstat argumentum Alexa. *quod facit de l. inter socerum §. conuenit de pactis dotalibus.* vbi datur actio vtilis in factum subsidiaria, ergo non cõpetit actio de constituta: quę si cõpeteret non daretur illa subsidiaria in factũ. Ipse soluebat, quod actio de constituta, erat subsidiaria, & etiam illa, & quod duæ subsidiariæ concurrere possunt.

¶ Mirum est, quod tantum peccet dominus Alex. in arg. & in solutione. Primò malè videtur sentire, cum dicat, quod actio quæ ex nudo pacto per confirmationem legis oritur, est subsidiaria: & de hoc. su. dictum est. ¶ Secundò 47
peccat in eo, quod credit, quod actio de constituta detur ex sola promissione rei debitę, nam nõ sufficit, quod res aliàs debita promittatur: sed quod ipsa, vt debita constituatur, vt supra ostendebam & *tex. est in d. l.1. §. eum qui ibi. quoniam non animo constit. sed promittentis factũ est.* nam si tantũ interueniat ꝓmissio eius rei, quæ ex alio cap. debita est, nisi exprimatur, eam debitam & tanquam debitam promitti, non erit constitutum.

¶ Exempli gratia: debebas mihi Stichum

euenit,

euenit, vt Stichum mihi promittas, certè falsum est quod hîc sit constitutum, sed si mihi promittis Stichum quem debes, credo re ipsa esse constitutum, vt *in l. quidam. & l. si. totius. eo titulo.* Vnde lex inter socerum. §. conuenit, nihil facit ad propositum quia ibi & si verũ esset, quod id, quod fuit promissum iure deberetur: non tamen fuit promissum animo constituendi, quia ad debitum nulla fuit facta relatio. Vnde nimirum, si non competat constituti actio, quia non animo constituentis nec forma requisita, fuit conuentum, & hæc est ipsa veritas: imò quod fortius est, forsan ostẽdam, quod ibi non fuit conuentum de ea re, quæ aliàs iure erat debita. ¶ Tertium in quo ego dubito de domino Alexan. est, cum dicat in solutione. §. conuenit, quod illa subsidiaria actio in factum, de qua in illa lege potest concurrere, cum actione de cõstituta, dubitationis causa ea est, quia ibi dicit text. nullam competere directam actionem, tamẽ vtilem dari, si enim nulla directa potest competere: ergo non potest competere actio de cõstituta, quia est directa, imò quod magis est, ex contractu nominato nata, ergo in illo casu actio de constituta non concurrit. Benè verum est, quod actio de constituta poterit concurrere forsan cum alia actione, & in hoc fortè benedixit. d. Alex. vt supra dicebam, sed non potest concurrere, cum datur aliqua actio vtilis in factũ, in casu quo nulla directa competit, quia quod nulla

Digitized by Google

nulla directa competat, & quod competat actio constituti, essent sibi pugnantia.

¶ Non ob. secundum arg. de. §. de constituta: vbi si interuenit stipulatio non potest habere locum de constituta actio, præsertim pōderando in verbo *alioquin*. de cuius natura est, adducere dispositionem contrariam præcedenti dispositioni vt Bar. *in lege prima in versic. quarto in 5. col. infra de condi. &* de. ad quem text. Iaco. Butri. & Iaso. *vt ipse refert in. d. §. in personam. in 4. col.* respondent, quod ibi ex eo, quod cum stipulatur, teneatur iure ciuili, non negatur, quod competat actio de constituta, & in hoc adducit dispositionē contrariam, quia in primo casu ex pacto nudo fit cōstitutum, & ideò solùm competit actio ex stipulatione, & ita respondent Moderni *in. §. in personam. in 5. colo. in prin.* ¶ Hæc responsio non resoluit intentio- 48
nem. §. de constituta, imò destruit eam: quia ad hoc vt ex neruo text. intelligas, debes eum referre ad. §. sed istæ quidem: vbi actionum fit diuisio: aliquæ enim prætoriæ: aliquæ ciuiles scilicet à legibus. Et primò ex ordine Imperator docuit prætorias, & inter istas ponitur de constituta actio. Dicit ergò tex. quod de constituta cum omnibus agitur, qui se soluturum constituerunt: nulla scilicet stipulatione interposita, nam alioquin si stipulanti promiserit, iure ciuili tenetur: hæc sunt verba legis. Ecce quod constitutum, vt constitutum sit, debet fieri nulla stipulatione proposita, & sic in con-

constituto non videtur posse cadere stipulatio, nam alioquin iure ciuili tenetur: ergo nõ prætorio, quia per stipulationem distinguitur ab ordine prætoriarum, quod si verum esset per stipulationem etiam constitui, non rectè ab earum ordine separaretur, & poneretur in ordine ciuilium actionum. Facit quod notat Saly. *in l. 2. in princ. infra si cer. petatur.* quod dictio. *Alioquin*, est separatiua. Et nota, quia secundum doctorum intentionem esset conuentio mixta scilicet prætoria, & ciuilis: ergo non simplex ciuilis. Sed hoc est falsum, secundum ordinem textu. & sic falsum erit antecedens. Nam si mixtus esset contractus, faceret tertiam diuersam speciem, & non comprehẽderetur sub vna ex simplicibus aduersatiuè ad aliam, *vt in §. sequens. Instit. eo. Item in §. illo, in prima parte:* non dicitur, quod quando constitutum fit, pacto nudo, solum competit actio de constituta: imò simpliciter docetur, quando possit agi actione de constituta, & determinatur, quòd tunc, quãdo quis se soluturũ pro se, vel pro alio cõstituit, nulla scilicet stipulatione interposita. Itaq; non est ex mente text. vt possit constitui stipulatione interposita. Item ad verbũ *Alioquin* non est congruè responsum: nam dicit dominus Iason, ꝙ in hoc aduersatur secundũ respõsum primo, quia in primo casu, ex pact. nudo fit constit. In secũdo verò cõpetit act. ex stipulatu, non tamẽ negatur actio cõstituti Aduerte, quia sibi contraria dicit: nam si non

Dictio Alioquin est vox separatiua.

si non negat constituti actionem, & concedit quod in primo responso dixerat, quomodo ergò est possibile, quod secundùm responsum adducat contrariam dispositionem, primò si eadem etiam fateatur habere locum in secundo. Sed si contrariam dispositionem referas ad actionem ex stipulatu, hoc est impossibile, quia primum responsum nihil disponit, secũdum eosdem, de actione ex stipulatu, sed quod ex pacto nudo fiat constitutum: ergò in eo, quod non disponit, non potest ei contrariari, & sic secũndum intellectũ quem ipsi ponunt, non inducit contrariam dispositionem, tamen est necesse quod inducat per verbum. *Alioquin*: vt ipsi fatentur. Item in hoc etiam, rectè intelligas, cum ipsi dicunt quòd in primo responso tantùm dicitur, ex pacto nudo oriri actionem constituti, vel constitui pacto nudo. Hoc verum est ex pacto, non tamen ex pacto nudo, cum sit pactum forma vestitum, &
nomine de quo infra dicam. § Quid ergo di- 49
cemus de text. illo? certè tenendo opinionem quod possit concurrere difficile est respondere, attamen ita credo considerandum, aut enim quis promittit per stipulationem, quod ipse debet, & tunc non est constitutum, vt puta, si dicerẽ promittis mihi per stipulationem centũ, quæ debes nã in isto casu, magis est ꝓmissio quã constit. quia magis creditur animo ꝓmittẽtis, quàm cõstit. id per stipul. ꝓmisisse.
Hãc sent. habui ex mẽte *Iurisc. in §. cũ. q. d. l. 1. ff. eo.* 50
vbi

vbi dubitatur, & poni debet talis casus, vt dubium determinet. Ponamus quòd aliquis promisit per stipulationem centum, quæ debuit, & ista stipulatio fuit inutilis aliqua causa, non tamen ex defectu consensus, quia cõstat quod voluerunt stipulari, dubitatur an valeat talis stipulatio iure constituti. Respondet Vulpianus, quod non ea ratione quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum est. Hæc sunt verba Iurisconsulti. Ecce ergò, quod ideò in stipulatione non censetur inesse constitutum, quia stipulator non creditur constituere velle, & ideò quia non animo cõstituentis fecit non erit constitutum, ita ergò procedit dictus §. de constituta: & ita intelligo Bart. in l. 1. §. infra. de constit. ¶ In casu verò quem ego posui scilicet quando ego dixi: constituis mihi soluere centum, quæ mihi debes, & tu respondisti constituto, non possumus dicere non esse animum constituendi, quia contrarium probatur, ideò benè potest esse constitutum, vt patet ex eadem intentione Vulpiani *in l. 1. §. eum qui. su. all.* & ex his, quæ in prin. quæstionis dixi. An autem sit stipulatio, profunda est quæstio, & non nostræ materiæ, sat est, quod do. Iaco. Bu. & cæteri fatentur stipulationem esse. Ergò concurrere possunt & ita etiam defendemus dictum Barto. in

Obiectio. nostra. l. legitima. Non obstat argu. tertium Petri de bellapertica, & cæterorum, quod vbi concurrunt duo remedia, vnum contra ius commu-

cõmune, aliud secundum ius commune &c. Sed hîc concurrunt duo remedia scilicet stipulationis actio secundum ius cõmune, & actio ex pacto nudo commune. Ad hoc respondet dominus Iaso quod imò nihil est cõtra ius cõmune, cum in quæstione nostra non nascatur ex pacto nudo, sed ex stipulatione. ¶ Sed an arguentes, & respondentes benè sentiant, ego dubito: & primò in hoc, quòd credunt actionem constituti dari contra regulas iuris communis, quia ex nudo pacto datur: nam, nos videmus quòd constituti contractus est nominatus & introductus à lege prætoria, vt hîc tenet Bart. paulò inferius, & ipsi doctores fatentur, & ego necessariò probaui. Sed quod ex contractu nominato detur actio, hoc est regulare vt in *l. iurisg. in pri.* & passim hoc doctores fatentur: Ergò malè intelligunt quòd contra regulas iuris communis, detur actio in cõstituto, a & si dicas, quod introducere nouum contractum, & nouam actionem est cõtra regulas iuris communis, hoc est falsum, quia ius iure potest introducere nouos contractus vt Bar. declarat satis latè. in l. 1. de condi. ex lege. & hic sentit & text. est in nostra. l. in prin. cum quatuor exemplis positis à glo. ex quo etiam sequitur, quod non oritur actio ex pact. nudo secundũ superiora & omnes doctores fatẽtur in nostra. l. in quantũ dicunt, ꝙ contract. nominati cõpetunt princ. legis nostræ, & nou illationi, de quo inferius: imò etsi verum esset,

R quod

a Non est contra ius cõmune. dare actionem & cõtract. (hoc concessio. si ꝙ constitutum nũc sit cõtract. nominatus) sed illud refragatur regu. certis iuris quod cum ante prætorum confirmationem cõstitu eẽet, nudũ pact. per Prætores id effectũ sit, vt ex illo pacto oblig. & actio nasceretur, cum regu. ex nudo pacto actio nõ oriatur l iurisgen. § quin imo ff de pactis.

quod ex pact. nasceretur nō esset contra ius, vt sæpè ꝓbaui per glo. nostrā in fin. verbis, quinimòꝙ plus est, etiamsi esset contra regul. iuris cōmunis, vt ex constituto nascatur act. in isto casu nō cessaret remediū cōstituti, & hoc dico ex mente iuris, & præsuppono ꝙ ideò duob. remedijs concurrentib. cessat remedium contrà ius commune, quia ea, quæ contra iura cōmunia sunt, semper strictè quantū possumus interpretari debemus, *vt l. quod verò & l. singularia de legibus.* Item præsuppono, quòd actio de constituta, est introducta æquitate & fundamento iuris naturalis, patet expressè *ex l. 1. ff. eo.* His præsuppositis, notandum est, quòd vbicunque loquimur de legibus, vel iuribus aliàs restringibilibus, si tamen sunt fundata equitate vel naturali ratione, non solùm nō sunt restringenda, sed ex mente & radice omissa verborum cortice amplianda: ita est tex. & certè singularis *in l. bona fides. ff. depositi:* & ita tibi Paul. de castro, qui dicit, quòd multi malè considerantes dicerent contrarium. Sic ergò etiam in proposito nostro, de hoc dicam latè, & omni studio conabor dicere pulchra *in c. 1. isto titulo,* & hoc vltimum nota, quia à te ipso fides habere in se iustitiæ neruū. Vnde nec vltimo loco, do. Iason benè respondet, quia in his consentit: Imò & de se dubitabilis est sua solutio, quia dicit nō ex pacto nudo, sed ex stipulatione nascitur actio constituti, melius dixisset non ex pacto nudo, nec ex stipul. sed ex cōstituto nascitur

Quæ cōtra iura communia sunt, strictè interpretanda.

Singulare.

ſcitur cõſtituti act. nam etiãſi per † verba ſtipu- 52
lationi congruentia celebretur conſtitutum, nõ ex conuentione tanquam ex ſtipulatione, ſed tanquã habente eſſentialia cõſtituti oritur act. conſtituti, Hoc probatur ratione, quia ſi dico, vendis mihi iſtã rem: tu dicis uendo, nõ ex ſtipulatione naſcetur act. ex vendito, ſed ex contractu cõſenſus: ratio, quia nõ requiritur ſtipulatio ad talẽ actio. & ita eſt in noſtro propoſito, facitq; ratio tex. in *d. l. 1. §. cũ quis:* vbi conſtitutũ valeret, etſi ſtipulatio eſſet nulla, ſi probaretur in conſtit. conſenſiſſe: ergò ex ſtipulatione inquantũ ſtipulatione non naſcitur act. conſtituti, ſed inquantum conſtituti conuentione: & quia hoc diſtincta ratione patet, nihil dicam vltra. Habes ergò defenſatam Bartol. intentionẽ ſcilicet quòd ſtipulatio poteſt cõcurrere cum actione de conſtituta, quod pro nunc intellige vt ſupra. Sed id omninò ſcias, quòd hæc quæſtio pendet ab alia, quæ latè tractatur *in Rubrica de verb. oblig.* quam hic tractare non decet: dicam quanq; ibi: nam ſubtili cõſideratione aliàs diſputando tenebam vtrãq;
partem. Hoc vltimũ in hoc conſidera, ꝙ & ſi † 53
verũ eſſet, ꝙ in act. de conſtituta non poſſit interuenire ſtipulatio, tamen ſi per ſtipula. quis promittit vt debitũ, ꝙ debitum non eſt, valet ſtipulatio, ita dicit Bar. *in l. 1. C. eo. per l. ſi diuor. ff. verb. de oblig.* & dic, quòd tunc valet ſtipulatio, & non conſtitutum. Et hoc voluit dicere Bartolus *in lege 1. C. eo: per text. l. diuortio & per §. de*

54 *constituta. quem tex. allegat ipse Bar. in l. 1.* nam † cum constitutum non possit stare sine debito præcedente: *vt in d. l. 1. §. debitum. & §. de constituta. su. alle.* est impossibile quod sit constitutum, quia deficit materia, præsertm cum stipulatio interueniat, in qua non creditur consistere cõstitutum: & ita loquitur lex si diuortio scilicet quod ex stipulatu agitur, & ita fuit de intentione Bartolus *in l. 1. C. eo. cum alleg. text. in. §. de constituta.* Vnde dominus Iason non videtur rectè sensisse *in. §. de constituta. in vltimo notabili.* Vbi dicebat, quod quando constitutum sit per stipulationem, etiamsi nõ præcedat debitum, valet in effectu constitutũ, per ea quæ dicit Bar. *in l. 1. C. eo.* Dic ergò quòd tunc valet stipulatio, & non constitutum: & ita intelligit Bar. & ita debuit intellexisse dominus Iason, & credendum est, cum isto modo intellexisse, aliàs si vocem verborum attendimus malè vi-
55 detur sensisse: Et vt † superiora breuibus contenta habeas: cum quærimus, an actio constituti concurrere possit cum alia, sic distingue: aut loquimur an possit concurrere cum alia citra stipulationem, & tunc aut est actio vtilis in factum, subsidiaria, & cum illa non potest, quia illa datur, vbi directa competere nõ potest. *vt. l. inter socerum. §. conuenit su. al.* aut est actio quæ ex nudo pacto conuenit propter cõfirmationem legis *vt in ista. l. legitim.* & nec cum ista cõcurrit quia constitutum est contractus nominatus, aut quærimus an cum alia iuris actione

ctione concurrere possit, & tunc secundum rei qualitatem concurrere posset, nisi aliquod obstaret impedimentum: aut loquimur, cum interueniunt verba stipulationis, & tunc simpliciter stipulatio est facta de solutione debiti, & non creditur concurrere *vt. §. de constituta. & l. 1. §. eum qui: aut* constat de animo constitutis, & tunc valet constitutum & concurrũt: id tamen notes, quod constituti actio tunc non oritur ex stipulatione, sed ex forma sua. Hæc est summa superiorum in principali quæstione, quæ ita pro nunc credo vera, aut rectius sentienti libenter assentirem. ¶ Item ponit glossa exempla, quibus legis iuuamine, vel Senatusconsulti tollitur obligatio. Primum exemplum est de acceptilatione quæ fuit à Gallo Aquilio inducta *vt in. §. 1. Insti. quib. mo. toll. ob.* Sed dicit Bart. quod hoc exemplum congruit principio legis nostræ, qui acceptilationi & nomen, & forma fuit datum, vnde contractus est nominatus, & sic Bart. discedit à glossa, & idem tenet Bald. & do. Alexan. dicit, quod reprehendit Bart. glossam & benè. Tamen rectè glossam saluare possum, imò credo, quod omninò dicat id, quod Bart. nam vt in ea poteris videre, rectè hoc doctores fatetur, glo. in principio intellexit legem nostram in contractibus à iure ciuili inductis, & hoc quo ad legis principium, quo ad illationem, intellexit eam in pactis nudis à iure ciuili approbatis. Ista tamen approbatio tam inductionis contractũ,

quàm pactorũ nudorum confirmationis cõtingit duobus modis: aut enim fit approbatio contractuum ad obligandũ: aut contractuum ad liberandum, de contractibus autẽ qui fiunt ad obligandũ posuit exempla contractuum inductorum à lege ciuili, & pactorum, quę confirmantur per legem ciuilem. Nunc verò glo. ponit exemplum contractus, qui à iure ciuili inductus fuit ad liberandum, & postea ponit exempla pactorum ad liberationem tendentium. Nõ ergò est intentionis glo. hoc exemplum adducere inter pacta nuda, sed inter contractus nominatus. Sed quia nunc incipit tradere exempla liberatoria, ideò incipit ab exceptilatione, quæ cum sit inducta à Gallo Aquilio rectè competit principio legis nostræ. Et quòd ista sit intentio glo. signanter, & distinctè nota eius verba, quæ talia refert tollitur autem lege coadiuuante, vt per acceptilationem à Gallo Aquilio inductam, vt *infra de accept. l. & vno. §. eius*. Item per pactũ nudum tollitur iure prætorio, etiam ipso iure, vt in actione furti &c. Ecce quod in verbo, item per pactum nudũ incipit exponere exempla pacti nudi, & sic per consequens congruentia fini huius legis, quo ad pacta nuda, tamẽ quia iste contractus acceptilationis est contractus à iure ciuili inductus ad liberandũ, ideò posuit eũ, non ꝙ intelligeret pactũ esse nudũ. cogita.

¶ Item aliud glo. exemplum, in quo ex pacto nudo tollitur actio & oblig. est in actione furti &

ti & iniuriarum *vt l. si tibi. §. quadam & l. si vnus. §. sed si tale infra eo.* dicit tamē glo. quòd si pactum nudū l. nō comprobatur, solā naturalem oblig. tollit *vt l. stichum. §. naturales infra de solu.* Hæc sunt verba gloss. quæ ab omnibus approbatur. ¶ Sed vt cognoscamus † an exemplū sit congruum, de ratione querendū est, quare scilicet pacto nudo tollatur iniuriarum vel furti actio. 46
Bart. ponit vnā rationem *in d. §. quadam* scilicet quia istæ actiones sunt debiles, cum non oriātur ex consensu. Albe. ibidem dabat rationem aliam, quia in delictis non oritur naturalis obligatio: Sed do. Iason dicit in idē incidere, cum dicat quod actiones descēdentes ex maleficijs, sunt debiliores, quia non habent consensum, quasi dicat non habent naturalē oblig. Vnde ex his Bart. infert, quòd actio famosa habens causam quæ oritur ex contractu depositi, mādati, pro socio, & similes: ex pacto nudo non dissoluuntur *per legem iurisgen. in ver. idem Marcellus & ver. sequenti infra isto titu.* Sed Ange. Pau. & Moderniores faciunt quādam oppositionē: nam videtur quod actiones ex maleficijs descendentes oriantur à consensu, quia, qui deliquit, censetur consentire in pœna legali. Sed respondent, quòd est consensus fictus, & non verus: & ita intelligunt. *l. 1. §. bestias de postu. & auct. de non alie. §. quia vero leonis.* Hęc sunt verba Bart. Pau. Ang. & Iaso. ¶ Primò nota ex glo. exemplū, quod hîc & in d. §. quædā, à doctoribus approbatur: sed secundū eorum rationē,

An delinquēs censeatur cōsentire.

quædam, à doctoribus approbantur: sed secundum eorum rationem, si ideò ex pact. nudo tollitur actio iniuriarum & furti, quia talis actio est debilis. Ergò non ratione iuuaminis legis, sed potentia pacti. Nam si iuuaretur à lege etiam potens tolleretur, vt in nostro text. & sic verum esset, dicere quod etiam in actionibus famosis descẽdentibus à contractu per pactum tollitur actio, quia pactum lege iuuatum tollit omnem actionem per tex. nostrũ: sed hoc est falsum, ergò, quod approbetur lege nostra erit falsum, aut falsa eorum ratio, & illatio: dicam inferius.

57 ¶ Secundò noto glossam in quantum dicit, quòd aliàs pactum, (si lege non habeat iuuamen) tollit tantùm naturalem, *vt l. Stichum. §. naturalis infra de solut.* Sed aduerte quod ille tex. (si Bart. aliàs vera docet) loquitur in pacto quod lege iuuatur, ergò etiam tollit ciuilem, & sic videtur quòd congruat legis nostræ exemplis, & quod in pacto, lege roborato loquatur patet in verbo iusto pacto: nam iustũ dicitur legitimum in exemplis nostris. Ita Bart. in *in l. tale pactum, §. qui prouocauit. infra eo. per text. ibi & per notata. in l. l. de testamentis.* Quicquid sit, verum est, quod pactum tollit naturalem, an autem in illo casu tollat ciuilem, videbimus

Iustum quid dicatur.

58 *in l. si vnus. Paragrapho pactus infra isto titu.* ¶ Tertiò noto ex dictis Bartolus quod ratio, quare actiones furti, & iniuriarium ex pacto nudo tolluntur, est ex debilitate actionum, quia non

non habent consensum, nec ex eo oriuntur. Sed ego credo, quòd hæc ratio debilior sit ipsis actionibus, nam debilitas ipsarum non ostenditur in hoc, quòd non habent consensum, quia hoc naturæ regula constat, vt quæ ex consensu constant, consensu contrario resolui possint *l. nihil tàm naturale. de reg. iur. l. ab emptione infra eo. in d. §. naturalis l. Stichum. su. al.* Ergò etiamsi à consensu orirentur actiones, cõsensus non impedit, quando possent pacta resolui. Debilitas ergo earum ex alia causa debet ostendi, nam non est hæc bona ratio differentiæ inter has actiones, & alias, quòd hæc ideò tollantur, quia non habent consensum, cum etiam habentes consensum, hac ratione non defenderentur. Immò quòd magis est etiamsi non tollatur regulariter actio, tamen contrario pacto tollitur vinculum naturale ipsius consensus, vt dicebat glossa nostra, & videbimus *in §. pactus.* & non solum naturale, sed etiam ciuile, si tamen ciuile à consensu oriatur, *vt l. ab emptione su. all. & in d. l. nihil tam naturale.* & ita doctores in hoc non videntur (si dicere tamen decet) grauiter ponderasse. ¶ Item videamus, an Alberici ratio sit bona, & do. Iaso. dicit in idem incidere, & eandem esse cum ratione Bart. Sed forsan hæc eadem est, nec bona. Quòd non sit eadem, patet, quia ex consensu actio iniuriarum non nascitur, & tamen inest naturalis obligatio, Item quòd non insit consensus, ex quo oriatur obligatio, est verum, ta-

nis in nobis: & ita intelligitur psalmus: signatũ est super nos lumen vultus tui domine &c. Itaque constat legem naturæ diuinam esse, & hoc cognoscitur ratione vniuersali. Vnde benè cognouerunt Iureconsulti ius naturæ diuinum esse: nos tamen particularibus præceptis cognouimus furtum esse de iure diuino prohibitum, sed ea præcepta naturalia diuina esse etiam cognitione vniuersalium probatur: vnde quo ad Iureconsultus gloss. benè loquitur ratione vniuersali: quo ad nos verò nobis id ostendit nostris pręceptis particularibus: Sermonem † idcirco ad priora reducendo, dicendum est furti actionem, & iniuriarum naturalem habere obligationem, quod etiam rationaliter probatur, nam vbicunq; est æquitas & bonitas naturalis, ibi erit naturalis obligatio, *vt l. cum amplius. §. si natura de de. iu. & in l. Stichũ. §. naturalis infra de solu.* Sed iniuriarũ actio cõposita est ex æquo & bono, *vt in l. non solum. §. 1. sup. all. l. bona fides. ff. depositi.* Ergò oritur naturalis obligatio: & ita cum Bar. tenent cõmuniter omnes *in l. ex hoc iure*: vbi do. Iaso. non memor sui reprobat Alber. etsi corruptè alleget eum, & ita Albericus fallitur in nosto casu. Ratio fallaciæ fuit, quia credit omnem naturalem obligationem ex consensu ortum habere, nec ibi oriri posse, vbi consensus desit: qua fallacia & plures alij, quos sæpè legi, falluntur: dominus Iason videtur in hoc falli, cum eum approbet *in dicta l. si tibi Paragra. quadam*: & quòd vltra

Lex naturalis nobis innascitur.

61

Cõmunis opinio.

vltra consensum nascatur naturalis obligatio, probatur in negociorum gestore, qui dominum ignorantem etiam naturaliter obligat, *vt l. 3. in §. 2. de negotijs gestis, declarat latè Bart. in l. Iulianus verum debitorem infra de condi. inde. in 8. col.* & hæc est veritas scilicet, quod naturaliter in delictis quis obligatur, non tamen ex consen-
62 su, vt inferius etiam ostendo. ¶ Quarto † noto ex dictis Bart. & doctorum, quod actiones famosæ, quæ oriuntur ex contractu nō tolluntur pacto, ratio, secundum eos quia illæ oriuntur ex consensu. Sed vt supra dixi, ratio non est bona, ergo illatio mala: nam ratio non impedit resolutionem actionis, quia consensus consensu naturaliter tollitur, ergo hac ratione non solum non impeditur resolutio, sed probatur resolui posse: Quare contra eorum opinionem ita teneo, in actione mandati, & in actione pro socio, quod prout ipso iure tollitur actio iniuriarum, ita talis actio, & si sit famosa, hoc iure probo, & ratione, iure per tex. *in d. l. si vnus in d. §. sed si tale pactum, vbi tex. dicit, quod sicut actio iniuriarum tollitur pacto, & posteà contrario pacto non reuiuiscit.* Ita idem dicendum est in bonæ fidei contractibus, si pactum conuentum totam obligationem substulerit, veluti empti. &c. Itaq; ibi nullam facit differentiam inter contractus quæ sunt bonæ fidei, & constant ex cōsensu, & actionem iniuriarum, immò quod eodem modo tolluntur pacto conuento. Sed clarum est, quod isti contractus con-

constat ex consensu, *vt Instit. de oblig. quæ ex conse. in fi.* ergo &c. ¶ Item ego tibi probo ratione, nam aut tu vis, quod consensus impediat, vt non possint resolui, prout doctores credunt: & etiam falsum: quia consensus æquitas, contrarij pacti æquitate dissoluitur, *vt in d. §. naturalis.* aut vis, quod ex eo, quod famosæ sint, nõ tollantur: & hoc etiam est falsum, quia iniuriarum actio, & furti non furtificantur ex hoc, immò tolluntur: Et amplius estq́, quòd prout Bar. dicit, *in d. §. quadam.* operatur vt faciluis tollantur, de quo inferius dicã. Ergò vides, quod nulla est diuersa ratio, immò quod eadem sit probabo, cum rationem dedero, allegat tamẽ Bart. *l. iurisgentium versi. idem Marcellus.* vbi pactũ appositum ex interuallo in actione tutelæ nõ valet nisi incontinenti ponatur, ad istum tex. respondet dominus Raph. Fulg. vt refert, & sequitur dominus Alex. *in d. §, quadam,* quod ille text. nihil probat, quia loquitur in casu in quo agitur de actione danda, nos verò tractamus casum de actione resoluenda, quapropter dant ipsi text. *in l. age. & l. actione. C. de transa.* & sic Bart. approbant in opinione sua, reprobant verò in probatione opinionis. Sed nec benè eum reprobant, nec rectè eum sequuntur: non rectè eum reprobant, quia & si tex. in versi. idem Marcel. loquatur in danda actione, si determinat, quod non datur actio, per consequentiam determinat, quod ex pacto non tollitur actio, quia valet hæc consequentia per

tia per legem nostram, & hoc ratione constat; nam æqualis est potentia ad vtrumq;, *vt l. nihil tam naturale supra alleg.* & hoc verum est, quo ad casum nostrum. ¶ Respōdeo ergò legibus adductis, & fateor, quòd actio tutelæ non resoluitur solo consensu, quia non est contractus, qui constet ex consensu, sed est quasi contractus *§. tutores. Institu. de oblig. quæ ex quasi cont. nasc.* ego verò loquor in casibus, in quibus solo cōsensu contractus constant, vt in societate & mandato, secùs in deposito, vel in actione tutelæ, quia cum depositum re contrahatur, *vt in §. præterea. Inst. quib. mo. re contrahitur obli.* nō potest pacto nudo resolui, *vt in l. rogasti: in fi. si cer. pet.* & eadem est ratio in tutelæ actione, per dicta iura, & in hoc credamus doctorum auctoritati. Vnum tamen notandum etiamsi pacto non resoluantur actiones, tamen condemnatus non remanebit infamis per tex. expressum *l. in actionibus. ff. de his qui no. infra.* vbi pactus infamia non notatur in actionibus, quæ ex contractu descendunt, quod videbatur esse falsum; quia cum dentur actiones famosæ nec sint sublatæ, sequitur quod efficit infamem ipsum condemnatum. Respondeo, quòd pactum tollit infamiam, quia infamia *a* sequitur ex condemnatione, nō ex actione, & pactum etsi non tollat actionem, habet tamen exceptionem, vnde obstante exceptione nō con-
63 demnatur, & sic euitat infamiam. † Ex his cum quærimus an pacto ipso, iure resoluantur actiones

a Infamia oritur ex codemnatione non ex actione.

ones famosæ, ita distinguēdum est: aut descendunt ex maleficijs, & resoluuntur *per text. l. si vnus. §. sed si tale. & l. si tibi. §. quædam infra eo. in §. Inst. de iniu.* aut descendunt ex cōtractibus, & etiam tolluntur, si tales sunt contractus qui contrario consensu resoluantur, *vt in d. §. sed si tale.* Et quia eadem est ratio, aut sunt ex contractibus ad quorum resolutionem non sufficit pactū, & tunc nec pacto tolluntur, *vt in d. §. idem Marcellus, & in d. l. actione, & l. age.* sed etsi non tollantur, tamen ex his non orietur infamia, si pars de pacto opposuerit, cum ex pacto habeat exceptionem, quia non ad ortum actionis, sed ad sententiæ damnationem efficitur infamis, *vt l. 1. versic. qui pro socio & in l. actionibus infra de his, qui notantur infamia.* ¶ Sed quærendum est de 64
ratione, quare ipso iure tollantur actiones famosę ortę ex maleficijs, omissa ratione doctorum, de qua dissentio vt supra. Hanc ego collegi ex mente iuris, & videnda est compositio actionis, vt videamus quo modo, vel qua potentia resolui possit: dicendum igitur, quod istæ actiones oriuntur ex maleficijs ex æquitate & bonitate, quæ æquitas & bonitas tendit ad satisfaciendum parti, ita est text. *in d. l. non solum. §. 1. de iniurijs.* Vnde si cum parte facio pactum remissionis iniuriarum, ista æquitate conuentionis resoluitur alia æquitas, qua tibi tenebar, casus est qui hanc rationem in expresso sentit *in dicta leg. non solum §. prima.* vnde eadem est ratio in contractibus, qui consensu dissol-

dissoluuntur. *vt l. ab emptione & l. nihil tam naturale sup. all.* Immò fortius est, quod illæ actiones quæ oriuntur ex contractu, non sunt tantùm turpes, sicut quæ oriuntur ex delictis, ita notabat Paul. de castro ex *l. in actionibus sup. alleg. & Bal. in l. in re mandata C. mandati, qui refert. Inno. in c.*
65 *qualiter de accus.* Hoc tamen considera, † quod actio iniuriarum, vt habeat locum, necesse est, quòd iniuria non sit animo remissa, vnde si semel animo remittitur, aboletur ab eo, nec vltra competit, & ratio est, quia principaliter animo tenetur. *vt l. 1. §. ait Prætor si. quadrupes pau. fe. di.* & hæc est causa, quare non solùm pacto, sed dissimulatione aboletur, *vt in d. l. non solum §. 1. & colligitur ex §. finali. Institu. de iniurijs* vbi dissimulatione remissam iniuriam postea non poterit animo recolere: vnde in pacto etiam ista causa causatur resolutio actionis, quia animo remisit iniuriam cum paciscatur: Hinc dicebat Bal. *in l. ipsius C. fami. her. per tex.* ibi quòd merita subsequentia habebant præsumptionem remissionis ad iniurias præcedentes. *idem in l. fratres C. de ino. test.* ¶ Si ergò ex pactis his duabus causis resoluuntur actiones. Prima scilicet quia contra æquitatem non potest intentari actio iniuriarum, cum ex æquitate oriatur, *vt in d. l. non solum.* vbi sunt talia verba. Secundum hoc æquitas actionis omnem metum eius abolere videtur, vbicunque quis contra æquũ venit: & sic dicit, quod talis actio non est aliquo modo timenda, vbi æquitas obstat, quia ex æqui-

Digitized by Google

ex æquitate oritur: & hinc infert, quòd talis actio pacto resoluitur, vt probatur ex sequentibus verbis, proinde & si pactum de iniuria intercessit, actio iniuriarum non tenebit. Hæc est ergò causa vna: alia est, quia animo est remissa, vnde est penitus mortua: quæ ratio quasi eadem est, vel ista est causa alterius.

¶ Si ergò his rationibus resoluitur actio, sequitur malũ esse exemplum glossæ, & doctorum, quia non confirmatione legis ciuilis, sed æquitate ipsa resoluitur, quæ quidem æquitas pacti, etiam si a iure ciuili non sit approbata, habet has contrariæ æquitatis resolutiones, vt videbimus, *in §. pactus ne peteret.* & ita dicebat glo. nostra *per legem Stichum §. naturalis de solut.* potest ad hoc responderi, quod actio iniuriarum etsi sit ex æquo & bono, tamen à lege ciuili competit, *vt l. 2. §. omnium de ori. iu.* & inquãtum competit illa actio, censetur illa æquitas à iure ciuili confirmata, & eadem confirmatio contrariæ æquitatis datur ad resolutionem actionis iniuriarum, prout docet Bart. quem cæteri sequuntur, *in d. §. pactus in 4. col. in fine.* dum loquitur in obligationibus quæ oriuntur ex consensu. *vt in d. l. ab emptione infra eod.* vnde isto modo potest dici pactum esse confirmatum.

¶ Quintò nota ex dictis Ang. Pau. & Iasonis, quòd in delictis etiam ex consensu oritur obligatio, sed vt ipsi dicunt, iste consensus est fictus: hoc tamen dixerunt timore inanis op- 66

positionis, sed alibi dicunt inesse consensum, & intelligunt verè inesse vt Bart. *in l. ex hoc iure quasi adsi. in pe. col. de iusti. & iure. cum alleget tex. in auctẽ. de non alienandis. §. quia verò leonis col. 2.* vbi dicitur, quod qui emunt res ecclesiæ sunt amatores periculi, & pœnarum, & ita Iason dicit in finalibus verbis *in d. l. ex hoc iure.* quòd inest consensus, & ideò oritur obligatio naturalis, allegat Iaco. de bel. *in d. l. §. quia verò leonis. el. secũdo.* vbi id tenet *per text. ibi & gloss. in l. Seruianus de his qui not. infa.* & dicit probari per text. *in l. fi. C. de col. fundorum parti. libr. 11. in verbo maluerint pœnis grauari vbi eundem tex. not. Ang.* ¶ Ego verò credo, quòd ex consensu in malificijs non oritur actio, nec ex tali consensu insit naturalis obligatio, sed quòd ex delictis quis obligetur naturaliter, & necessariò, consensus tamen verus ad pœnam est accidentalis & fictus, nec est necessarius, nec accidentalis. Et quòd ex consensu ad pœnam non oriatur naturalis, ex qua ad pœnam teneatur, ego probo, quia ignoranti contingit, incurrere pœnam & peccatum cõmittere, ex quo ad pœnam à superiore impositam obligatur, *vt l. 1. supra de legi.* vbi lex est delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, sed ostendam ad legis pœnam naturaliter quem obligatum. Ergò &c. At quòd ignorans non cõsentiat tu ipse vides, cum nihil sit tàm contrarium cõsensui quàm error, *vt l. si per errorem supra de iuris. om. iud.* Item hoc probatur in expresso per text. *in c. primo & in c.*

Error consensui contrarius.

in c. merito. maximè in c. prima. 15. quæst. prima vbi Augustinus dicit, quod etsi peccatum nõ possit esse nisi voluntarium : tamen in hoc pœna distinguitur à peccato : cum ignorans incurrat eam, item, quòd hoc sit verũ, probatur experientia ipsa : nam certum est multoties euenire, vt quis peccet, pœnam tamen ignoret, & posito, quod eam sciat in instanti, & calore in pœnam incidat, crimen committendo, & tunc certum est ex consensu non esse obligatum. Item hoc videtur probari in eadem iniuriarum actione ; quæ æquitatem habet naturalem, non tamen certam pœnam, quia si criminaliter contra iniuriantem agitur officio iudicis, pœna imponitur extraordinaria, quæ quidem pœna est arbitrio iudicis. Plures ergò iniuriantes, qui istarum pœnarum limites nec distinctè nec indistinctè cogitauerint. Falsum est ergò, vt Augustinus dicebat. In pœnam consentire, & ex consensu ad pœnam oriri obligationem. Et hoc doctores contra se fatentur *in dicta l. si tibi. §. quadam cum* dicãt consensum inesse fictum nam si est fictus : ergò falsum quod verus sit, cum fictio neget veritatem, vt notatur *in lege non est verisimile : quod met. caus.* Præterea ad quod sine necessitate fingitur. Vnde dicendum est † quod naturalis obligatio in delictis non oritur ex æquitate consensus : sed ex eo, quòd æquum est parti satisfieri si sit tale delictum, quod committatur in personam particu-

Ficti negat veritatem.

67

larem, *vt loquitur lex non solum §.1. de iniurijs.* Si autem sit tale delictum quod concernat rempublicam, reipublicæ satisfieri debet secundum criminis qualitatem, quæ satisfactio ipsa pœna à principe posita conterminatur, cui teneor obedire iure naturæ, *vt in c. si quis de maio. & oblig. in l. veluti de iust. & iu.* ibi: vt maioribus, ac patriç parcamus. Vnde ad istas pænas est obligatio satisfactionis, & obedientiæ quæ est à lege naturæ vt Bar. docet *in l. Iulianus verum debitorem in 9. col. infra de condi. indebi.* vbi ex sentẽtia oriri obligationem naturalem concludebat, sola ratione obedientiæ, quæ habet ortum à iure naturæ. Item ex illa æquitate naturali, qua iusgentium suadet delicta puniri, *vt l. à reo. §. quod vulgo. de fideiuss. & declarat Pau. in l. ex hoc iure in 12. col. ibi remaneamus ergò.* ¶ Ex his tollas distinctiones Bal. *in l. ex hoc iure, quasi ad finem* cum diceret, quòd si quis commiserit delictum iuregentium prohibitum, licet teneatur ad pœnam satisfactionis iuregentium, ad aliam tamen pœnam non tenetur, nisi iure ciuili, nam etiam iuregentium tenetur illa obligatione, quam declarat Bar. *vbi supra:* & patet etiam vltra particulare interesse teneri: quia nos videmus, ꝙ actio iniuriarum est, ex æquo & bono gentium, & tamen eadem competit, si intentetur criminaliter ad pœnam capitalem, scilicet officio iudicis, & eius arbitrio imponendam, *vt in §. in summa. Institut. de iniurijs.* Item cum dicit
68 Bal. quòd † ad crimina ciuilia non teneor naturali-

turaliter, maximè per ignorantiam, vel per errorem commissa, vt puta, si caueatur, vt si quis portauerit margaritas, puniatur: pone aliquem ignorantem portare, certè non tenetur iuregentium, dic quod iuregentium non tenetur dispositione particulari, sed vniuersali, sic ex qua teneor ad omnia, quæ in ciuitate ad sui conseruationem iusta & honesta præcipiuntur, *vt in d.l.veluti*, & vt dicit sanctus doctor de ratione legis, est vt ordinetur ad bonum commune: Cum ergo omnis pars ordinetur ad totum, sicut imperfectum ad perfectum, ita leges, & si particulariter disponant dicuntur ordinari ad totum, idest ad bonum commune, vnde dicit Philosophus, *libr.9.ethic.* quòd legalia iusta dicimus factiua, & conseruatiua fœlicitatis humanæ, & particularium ipsius politica communione. Ideò ad iusgentium pertinet, ciuitates bono communi conseruari, quia vniuersum particularibus constat: & propterea nobis præcipitur, vt maioribus ac patriæ pareamus. Vnde si ius ciuile promulgatum est, & ego ignoro, sum in culpa, quæ ab alijs scire potui, *vt in c. cognoscentes, de constit.* & post promulgationem, & tempus legitimum pœnæ parere necesse est, quæ imposita ad bonum commune tendit, ad conseruationem totius generis humani facit, quod dicunt Theologi, vt sæpè Sanctus Tho. *in 2.quæst.90.* quod omnis lex participat de lege æterna: Item idem tenet doctor *in eadem quæst.*

Lex omnis participat de lege æterna. *arti. 4.* quòd lex humana post promulgationē omnes ligat, etiam ignorantes quia ipsi tenē-tur, & potuerūt ab alijs scire, & tamen sanctus doctor loquitur in terminis rationis, quia ipse id ratione determinat, vnde credo, quod id, quod ipse dicit etiam in foro consciē obseruari deberet: *facit quod notatur in c. quæ in ecclesiarum de consti.* vbi glo. dicit, quod statuta etiam laicorum ligant iure poli. sicut iure fori: & vide etiā glo. *in c. 2. consti. lib. 6. & in c. si quis de ma. & obe.* nec in his credes me aliquid determinare: sed hæc dixi, vt à principijs horum causas cognoscas: nam si ad particularium determinationem veniremus distinguendum esset. Sed est materia dicto *c. quæ in ecclesiarum: & dicti c. 2.* maximè in hoc quæ sit probabilis ignorantia, vel quæ non vide ibi. Sat † est, quod in delictis nō

69 oritur naturalis obligatio ex consensu, sed ex æquitate ad satisfiendum, quæ quidem satisfactio à iure determinatur, ad quam determinationem tenemus æquitate iurisgent. & sic obligatione naturali *vt l. cum amplius. §. is natura de reg. iu.* & Bar. *in d. l. Iulianus verum debitorem. in 8. col.* ¶ Non obstāt arg. doctorum, & primò tex. *in l. fin. C. de col. fun. pa. sup. al. & in auct en. de non alle. §. quia vero leonis. in verb. amatores periculi.* Nam illa

Obiectio. iura loquuntur modo quodam dicendi, quæ sumunt ab effectu, nō tamen, quòd delinquētes ament pœnas, & ex illo amore nascatur naturalis obligatio: nam aliquando & sæpius est, vt eas fugiant & ignorent *vt in dicto c. primo 15. quæst.*

15. quaest. 1. l. nec timorem. infra. quod met. caus. Imò esset dubium, an amor pœnæ esset licitus, & si consensus ad pœnam iuris sit licitus, *vt in l. si ita stipulatio facto. de verborum oblig.* Itaque in hoc non debuerant doctores assumere fundamentum. ¶ Non obstat glo. *in l. seruus. de his qui no. infra.* nam illa naturaliter seruum obligari dicebat, quod nos fatemur: sed dissentimus de causa mali ex qua oriatur. ¶ Non obstat text. **Obiectio.** l. 1. de postulando. §. bestias. ibi. nisi in arena passi sunt se se onerari: nam tunc infamiæ notam non euitant, & prima responsio potest esse, quod literæ non sunt certæ quia aliqui habent onorari, & non onorari, & secundum hoc nihil obstaret vt dicit glo. Sed cum ista solutione non sum contentus, quia non satisfacit, & fateor, quòd qui delinquit, patitur onerari pœna, si pœna imposita fuerit, tamẽ quod qui patitur, consentiat, negatur: & si dicas, ꝙ cum delictum committit, videtur velle pati pœnas, vt dicebat glo. dico quòd hoc non est necessarium naturæ delicti, sed potest esse, quod velit, & potest esse quod nolit, & ignoret, vt dicebat Augu. obligatio aut naturalis velit, nolit, oritur, & ita respondebis illi legi, nõ prout Bal. quòd erat consensus vnius. Vnde nõ poterat introduci naturalis oblig. nam nec est consensus vnius, sed passio vnius, & ex consensu vnius benè oritur naturalis obligatio, vt ostendebam su. *in l. prima in prin.* & ostendam, *in c. 1. de pactis per tex. in c. qualiter eodem titu.*

& per c. de illis de spon. impu. Item nec Bal. benè respõdet cum dicat, quod delicti species, de qua ibi fuit inuenta de iure prætorio, nam nihil est dicere, quia ibi nihil de delicto, nisi de pœna arenæ ob delictum posita, ex qua resultat infamia, & pœna Prætoris, ad quam imponendam ipse Prætor æquitate mouetur, *vt in l. quòd si Ephesi de eo. quod certo loco*: vnde ex ea tenetur naturaliter. Item ad pænam arenæ tenetur illa æquitate, qua conuenit delicta puniri, *vt l. à reo §. quod vulgo. ff. de fideiuss.* Item ex illa æquitate, vt maioribus pareamus, *vt in d. l. veluti* nec ibi constat, an illa pœna arenæ sit posita ex delicto naturaliter prohibito, & ideò teneas quod

70 dixi. ¶ An autem benè dicant Ang. Paul. & Moderniores, quòd in delictis fingitur consensus, ego ignoro causam & necessitatem fictionis, saltem hoc verum est, quòd illa causa quam ipsi credunt, non est necessaria, scilicet quòd ad naturalem obligationem fingatur consensus: nam sine consensu ficto, vel vero potest oriri, & oritur in delictis, vt etiam declarat idem Paul. *in l. ex hoc iure. in 12. col. Bart. in l. 1. in 3. col. ante med. de cond. inde*: hoc tamen volo

71 vt notes, quòd † debilior videtur illa obligatio, quæ oritur ex æquitate alia: quàm illa, quæ ex æquitate consensus, *vt probatur l. pœnæ causa, & l. Iulianus verum debitorem de condi. inde.* nam videmus, quòd ex sẽtẽtia quis obligatur naturaliter ex æquitate, qua maioribus parendũ est, *vt l. veluti & in d. c. si quis.* Sed ista sententia

non

non tollit naturalẽ obligationem,qua ex contract.teneor *vt in d. l. Iulia.* Ratio quia non habet æqualem potentiam naturalis, quæ oritur ex ſententia cum ea, quæ oritur ex conſenſu, & ita declarat Bart. *in d. l. Iulianus. in 9. col.* & ob hoc dixit ipſe Bart. *in l. cum tibi.§. quædam ſæpius al.* quòd alia ratio erat, quare obligationes ex delicto tollebantur pactis, quia ſunt debiles, cum non oriantur ex conſenſu. Dictum fortè in ſe verum eſt, non tamen vt ratio: quòd ſuperius latè dictum eſt,

¶ Eſt aliud exemplum gloſſæ, in quo ex ſenatusconſulti robore, actio ipſo iure, pacto tollitur, ſcilicet cum ſit inter hęredem & fideicommiſſarium de ſoluendis debitis, vt alter eorum ſoluat debita & legata. Dicit Bart. quòd hoc exemplum procedit, vt primum de ſenatuſconſulto Trebel. de quo ſu. nam non expreſsè confirmatur pactum à ſenatuſconſulto, niſi ex eo, quòd pactum continet id, quod ſenatu ſconſultum. Item dicit Bart. quòd hoc exemplum poteſt habere locum in actione, ſi qua eſſet inter hæredem & fideicommiſſariũ, quam ipſi vellent ſoluere, & tolli per iſtud pactum, ſecus ſi ex hoc præiudicaretur ipſis debitis creditorum, *vt l. pacto ſucceſſorum C. de pact.*

¶ Nota ex Bart. ſingulariter, quòd pactum fa- 72
ctum inter hæredem & fideicommiſſarium, **Singulare**
quo ad actiones ad ſe pertinẽtes lege iuuatur, **aliquod.**
& ideò illud pactum tollit actiones ipſo iure, cum adiuuetur ſenatuſconſulto Trebell. ſe-

 cundum

cundum glo. & Bar. qui eam in isto casu intelligit *per tex. in l. pacto successorum. C de pactis.* Sed aduertendum, quòd tale iuuamen nõ reperitur senatusconsulto, senatuscõsulto enim restituitur hæreditas fideicommissario, & in eũ transeũt actiones actiuè & passiuè *vt l. 1. in prin. eo. titu.* & lege duodecim tabularum diuisum est æs creditorum, pro parte sua creditoribus teneatur *vt in §. sed quia. Insti. de fideicom. hæred. & in. §. postea. eo. titu.* Non tamen constat, quòd pacta inter hæredem & fideicommissarium de actionibus, quæ inter ipsos contingunt, sint senatusconsulto roborata, ergò si pacto nudo fiat liberatio, inter eos talis liberatio nuda erit, cum vestimentum legis non habeat. Adeò, quòd vt suprà in hoc ipso exemplo probaui, & si lege sit debita liberatio, si tamẽ pacto fiat, oritur exceptio tantum nec ipso iure resoluitur obligatio, & ideò hæres liberationẽ legatã acceptilatione facere compellitur, *vt l. 3. §. nunc de effectu. cum si infra de lib. leg.* ¶ Nec obstat lex pacto successorum. C. de pactis, vbi secundũ quod à glossa & ab alijs cõmuniter intelligitur, ex tali pacto oritur actio præs. ver. vt in vl-
73 tima parte text. videri potest. Sed † ego credo aliter legem illam exuiscerandam, in qua docentes talem ponunt casum, vt ex glossa & Modernis collegi. Finge inter hæredes conuentum, vt vnus eorum haberet omnia instrumenta & cautiones, ex quibus dedebatur testatori, & instrumenta & cautiones fuerunt sibi

sibi reddita, ipse verò conuentione promisit omnibus creditoribus satisfacere: itaque habuit nomina debitorum, vt solueret creditoribus hæreditarijs, dicit, quòd si ipse non obseruat placita, duo dantur remedia scilicet cōdictio ob causam ad instrumenta, vel actio præs. verb. ad interesse, hic est casus doctorũ. Ego verò difficultatem in isto sensu inuenio. Primò quia lex illa dicit cum hærede potes cōuenire, & ipsi, & glossa interpretantur hæredẽ potest conuenire, quippe inter hæc verba summa est differentia, nam cum hærede eius voluntate & placitò conuenio, *vt in l. 1. §. 1. su. eo.* hæredem autem cōuenio etiam vltra eius voluntatem, cum alia conuentio sit voluntaria, altera iudicij & necessaria: & alia sit mentalis, altera corporalis, *vt in d. §. 1.* Item nota, quod orationis consonantia non rectè procederet, quia in principio lex illa dubitat, an pactum possit valere: & sic an sit licita conuentio, vt vnus hæres teneatur in solidum creditoribus contra diuisionem legis duodecim tabularũ & dicit tex. quòd quo ad creditores nihil mutari potest pactũ. Sed concedit quod conuenire possit, quo ad ius hæredum: & sic conuentio placita consonat rationi legis, & eius orationi. Item secundum Iason. illa verba *vel non perfectis in diuisione placitis*, exponuntur, id est, si non perfecerit quæ in diuisione promisit: quia ablatiuus absolutus resoluitur in conditionem, *vt lege à Testatore.* Ablatiui absolutè positi in cōditionẽ resoluuntur.

Quæro

Quæro cum secundùm casum suum, pactum esset positum contra diuisionem legis 12. tabularum, quia ea lege quilibet pro parte tenetur creditoribus: sed secundum promissioné vnus in solidum: ergo placita fuerunt contra diuisioné legis duodecim tabularum, de qua in illa lege: non autem secundum diuisionem: & nihil in diuisione promittitur: Imò secundùm eum omnia remanent in vno indiuisa: sed de hoc nō curo. Itē aut intelligimus quòd istud pactum lege iuuatur, vt producat actionem præs. verb. & non est verum, quia magis recedit à diuisione legis, quàm ad eam accedat. Sic videtur quòd in nostra lege legitima Bart. malè sentiat, aut intelligimus quòd pactum per se habeat actionem, & est æquè falsum, quia nudum, nisi dicamus quòd ex adimplemento, id est traditione instrumentorum vestiatur pactum, & hoc videtur dubitabile, quia de chyrographis cōmunibus exhibendis, & non de repetendis loquitur. Item si de repetendis loqueretur, non sunt cōmunia, sed iam traditione fuerunt propria. Item ista verba, *conuenire quanti tua interest potes*, necesse est, quòd referantur iunctim ad verbum de chyrographis exhibendis, & sensus erit, quod ad interesse potest agere ad repetendum scilicet condictione ob causam: sed condictione ob causam agitur ad rem, id est ad instrumenta, & non ad interesse. Ergò non est cōgruus sensus: at si dicas quod sumitur verbū *conuenire potes*

tes omiſſo verbo *quanti tua intereſt*: dico quod eſſet intricatio quædã barbarie maior. ¶ Ideò pone nouum caſum ex ſenſu & vera legis intentione. In principio dicitur, quòd pacto hęredum non poteſt mutari ius creditorum, & ideò dicitur, quòd pacto eorum inſolidum creditoribus vnus hæredum obligari non poteſt, cum tale ius ſit diuiſum à lege 12. tabularum. Sed dubito: ponamus, quod chyrographa habent ipſi hæredes communia, & dubitatur apud quem debent eſſe, vel quid ſimile, *vt l. procurator C. de edendo*, vel aliqua ſunt indiuiſa inter eos, itaque aut ſunt indiuidua, aut commodè diuidi non poſſunt: nonne de his licet paciſci? & reſpondetur quòd placitis cõuenire poteſt quanti hæredum intereſt. Hæc eſt, vt credo vera caſus poſitio, quæ à ſuperioribus benè infertur, & benè conſonat intentioni & rationi: nam in illa l. dubitatur, an paciſci poſſit, & quomodo pactum valeat, & ſecundum hoc non ſunt neceſſariæ expoſitiones, & nihil ponitur impropriè. Itaque placitis conuenire intelligas de conuentione placita, *vt in l. 1. ſupra eo.* & ſic iungas verbum *placitis* cum verbo, *conuenire*: vt ergò ad propoſitũ veniamus: text. ille non probat quòd tale pactum à lege habeat robur, imò credo quòd tex. in ſtipulatione loquatur in fine, prout in principio, quia ſtipulatio eſt conuentio *vt l. 1. §. adeò ſu. eo.* & hoc eſt, quod dicit, quanti tua intereſt conuenire poteſt, quia ſtipulatio inuenta

eſt

est ad conueniendū de interesse vniuscuiusq; *et l. stipulatio. §. alteri infra de verb. oblig.* & cum in præiudiciū diuisionis legis 12. tabularum non possit stipular inec vnus in solidum obligari tamen de his quæ pertinent ad interesse hæredū
75 stipulari licet ita dicit tex. ille. ¶ Dominus Alex. pulchrè defendit glossam etiam à Bart. repræhensam in quātum dicit quòd pactum inter hæredes & fideicommissarios sit lege confirmatum, vt vnus eorum scilicet fideicōmissarius soluat omnia legata, & debita, quod poterit esse verum quando de iure fideicommissarius tenebatur ad omnia legata, & debita hæreditaria, quòd erit, quando deducta certa re particulari pro Trebellianica, restituit vniuersalem hæreditatem, *vt l. si legatus. §. multum infr. ad Treb.* vel quādo inuitus adiuisset, *vt l. quia poterat eo. titu.* tunc enim cum iure teneatur ad omnia debita, si pacto id promittit hæredi, pactum vestitur auxilio senatuscōsulti: hæc sunt singularia verba Alex. ¶ Sed etsi excusatio sit subtilis, nescio tamen quid in se habeat: nam aut pactum consideratur quo ad hæredes, & hæredibus nihil senatusconsulto debetur, sed creditorum actiones competunt cōtra fideicommissarium, & ideò dicitur ex senatusconsulto hæredi obuenire omnimodam securitatem, *vt l. 1. post prin. ff. ad Trebell.* Si ergò omni modo est securus, nescio quid operetur pactum, at si dicas quòd id operabitur, vt cum hæres non sit liberatus ipso iure, sed ope exceptio-

nis,

Digitized by Google

nis per pactum liberetur ipso iure, Hoc etiam videtur, quòd stare nõ possit, quia hæres non potest liberari ab eo, cui nõ debetur, sed deberet liberari à legatarijs, quia per pactũ hæredis nõ debet fieri liberatio econtra creditores vt ipse etiã Bart. & Alex. fatẽtur *per l. pacto successorũ su. all.* Si verò dicat ꝙ hoc pactũ id operabitur vt fideicõmissarius teneatur primis actionib. creditorũ, & etiam actione ex isto pacto, ego nescio quomodo: quia hæredi non potest cõpetere actio præs. ver. quæ ad interesse datur, cum eius nõ intersit tali interesse, quo agi debeat. Item legatarij vel creditores nõ possunt agere, quia alteri non quæritur, quod Paul. de castro fatebatur & si in alio proposito hic *in fine 2. col. & dominus Iason post princ. in 3. col. cogita.*

¶ Aliud exemplum quod ponit glo. est in casu Macedoniani, nam videmus quod tollitur actio, quæ competit contra mulierem, & datur actio institutoria, in eum pro quo intercedit, & sic per senatusconsultum instituitur ista cõuentio tacita, ex qua tollitur actio, quæ competebat contra mulierem, & sic potest dici iuuatur scilicet illa pactio tacita, vel iuuatur mulier lege Iustiniani, quæ dicit, eam non teneri, nisi in casibus *vt l. antiqui. C. ad velle.* vel senatusc õsulto iuuatur, *vt l. quotiens. §. si cum essem ad vel.*

¶ Bar. reprehẽdit glossam quia in Macedoniano ipso iure tollitur actio, sed ope exceptionis, & ita ista repræhensio est communis. Sed ipsi leuiter repræhendunt non attenta glossa

glossæ intentione, præsertim cum dicat Bart. quòd in Velleiano non tollitur actio conuentione, sed alia iuris dispositione &c. Item Ange. quem refert do. Alexa. saluauit glo. intentionem, quam declarat scilicet quod Senatusconsulto datur exceptio mulieri, vnde si mulier fecerit pactum de non petendo, tollitur actio ipso iure, quasi pactum habeat sociam legem, ex qua datur exceptio: cum enim ex Macedoniano, & Velleiano remaneat obligatio naturalis, *vt l. quia naturalis ad Mace.* & si detur exceptio contra ciuilem & naturalem: si tamen pactum fuerit factum liberatorium, iuuamine Senatusconsulti pactum resoluet totam obligationem, quòd dicit Bal. fuisse ex Odophre. sententia, quē ipse sequitur, & dominus Alexan. dicit quòd etsi hoc tantum auctoritate doctorum teneatur, tamen rationi congruit, quia quamuis ex pacto nudo aliàs non oriatur actio, si tamen geminetur, ex geminato oritur *per tex. lege prima Paragrapho penul. in verbo. vel natura sufficit: infra de consti. iuncto §. de consti. Inst. de actio.* Hæ sunt omnium sententiæ.
¶ Primò tamen nota, quòd Bar. & omnes qui in eum consentiunt, non aduertunt intentionem glo. nam ipsa benè considerauit, quòd ex Velleiano regulariter maximè antiquitus oritur solùm exceptio. Sed † gloss. intentio fuit,
76 ponere exemplum in casu quem doctores nō considerarunt scilicet *l. quamuis. §. si cum essem: eo. tit.* vbi si in fraudem senatuscōsulti mulier, quæ

quæ aliàs erat intercessura, principaliter se obligauit: fingitur istam obligationem fuisse factam cum creditore principali, cum quo ego eram principaliter contracturus, & mulier subducitur de medio, vnde illa facta conuentio à lege confirmatur in eo, quòd inducitur ab ea. Item tollitur actio vera, quia datur ficta quam actionem veram glo. intelligit ipso iure tolli, & sic, vt ex glossa poteris colligere, non loquitur in quolibet contractu, qui fit contra Senatusconsultum, sed in his in quibus per Senatusconsultum, tollitur actio, quòd etiam comprobatur in eo, quòd allegat legem antiqui. C. eo: vbi, secundùm doctorum omnium intellectum si solennitas non fuerit obseruata, ipso iure liberatur mulier, & tunc mulier iuuatur, non conuentio. Item illud iuuamen est à lege Iustiniani, & non à Senatusconsulto, & ideò non congruit nostro casui, & ita intelligit glo. nostra, prout ex ea poteris colligere, si rectè eam legeris. ¶ Sed etiam postquam intelligo glossæ intentionem, ego dubito, an rectè sentiat in hoc, quòd intelligit *in d. §. si cum essem* obligationem mulieris ipso iure tolli, nam cum sit contractus factus in fraudem senatuscõsulti, incipit in senatusconsultum, sed senatus dat solùm exceptionẽ, ergò solùm datur exceptio, & ita videtur ibi sentire Paul. de cast. Sed glossæ sensus etiã est subtilis, quòd ibi per tacitã conuentionem fictã vera cesset, & prout fingitur ab initio, ita

ab initio tollatur vera, cogita. Item id conside-
res quod id, quod dicit glo. de l. antiqui, quod
ipso iure tollitur actio, si non obseruetur solē-
nitas, teneas ꝙ solum solennitas imponitur
confessioni mulieris, in qua confitetur se ali-
quid recepisse, vt debeat fieri solenniter talis
confessio vel intercessio confessionata, nō au-
tem intercessioni simpliciter, vt poteris colli-
gere ex l. antiqui. post principium iuncto. §.
si. & hæc est veritas, & si omnes doctores aliter
credunt, in quo tibi considerationes satis cō-
gruentes scriberem, & scribam dum Deus da-
77 bit. ¶ Præterea id quod Bal. & Ang. Paul. & do.
Alex. dicunt: & si non sit ex mente glo. videa-
mus an sit verum scilicet quod si pactum con-
iungatur cum exceptione Macedoni, vel Vel-
leiani tollit actionem ipso iure? & ut superius
probabam, etiam si lex omninò disponeret id
quod pactum disponit, non propterea pactū
ex se inefficax, sumit efficaciam, quanto mi-
nus in isto casu, & casus est vt *dicebam in d. l. 3. §.*
nunc de effectu de lib. lega. vbi liberatione legata
datur exceptio ipsi legatario, per pactum ve-
rò ipso iure non liberatur, sed opus est acce-
ptilatione. Præterea probatur ratione, quia
cum lex tantū det acceptilationē, nec velit tol-
lere actionem ipsō iure, pactum tolleret actio
nem vltra legem, & non socia lege, quia lex tā-
tum dedit exceptionem, & non sustulit actio-
nem. Item aut lege iam sublata est, & pacto nō
potest tolli, quia iam non est, *vt l. 10. de verb. ob. c.*
ad dis-

Digitized by Google

ad dissoluendum de spon. impu. Sed scio quod isti rationi responderi posset, si probaretur quòd pacto tollitur actio. Nec dominus Alex. probat, cum dicit quod pactum nudũ geminatũ, &c. quia si nudum est geminatum, semper est nudum, ergò non producit actionẽ, nec probat lex, quam allegat quia in constituto loquitur, qui est contractus nominatus vt supra dixi & inferius ostendam. ¶ Item id quod dicunt, 87
quod ex Velleiano non tollitur naturalis obligatio tenet glo. *in l. quia naturalis infra ad Velleia.* item tenet gloss. *in l. si quis de iuris & facti ignor. C. & in c. fin. extra de solut.* Bart. *in l. 1. de condit. inde. in penul. col. ibi quartus &c.* Sed quæritur quæ est ratio, quare exceptio Vellaiani non tollit naturalem obligationem? respondet quia nõ sunt inductę æquitate naturali, sed magis nostræ ciuitatis Romanæ: vnde iure ciuili non tolluntur naturales obligationes, *vt inst. de leg. ag. tut. §. fi.* Sed aduerte quod Bartol. contra se ipsum videtur tenere, *in extrauag. ad reprimendam in verbo denunciationem. in secunda columna in me.* vbi dicit talem exceptionem ratione naturali introductam: ergo benè sequitur naturalem obligationem esse sublatam, secundum ipsum *in dicta lege prima de conditionibus inde,* quod idem negat, præterea hoc videtur ex hoc comprobari, quod exceptio semper ab æquitate naturali, contrà iuris ciuilis rigorem dicitur oriri, vt Bartolus ipse docet *in lege si vnus Paragrapho pactus infra eod. per*

legem qui aequitate.de doli.excep.ff. iuncta l. 1. eo. titu. quòd tamen eius auctoritate & cæterorũ sententia teneas. de quo ibi. facit Vrgentius *l. 2. post prin.infra ad velle.* vbi ponuntur verba senatusconsulti ex quibus oritur exceptio & dicit
79 tex. quod ideò decretum est senatuscõsulto,† ne in mulieres daretur actio, quia eas virilibus officijs fungi, & huiusmodi obligationib. obstringi nõ erat æquum, ecce quòd ex æqualitate procedit senatusconsultum. Item facit lex *l.eo. titu.* vbi dicitur moribus ciuilia officia adempta sunt fœminis, multo magis intercessio adimenta est, cum in eo officio sola opera, nudumq; ministerium earum versetur. Itaque illa lex se fundat in hoc, quod intercedere officium est virile, vnde fœminę à virilibus officijs abstinere debent, quòd est naturale, & sexui congruens, facit quòd dicit text. *in §. tria 2. q. 7.* vbi sancta Synodus dicebat, quod tria prohibent quem à iudicãdo natura, lex & mores, & in exemplum morum ponit ne fœmina virilibus officijs se ingerat, *c. mulieres de iudicijs libro 6.* Sed facile quis his poterit ex intentione Bart respondere, quòd hi sunt mores ciuitatis Romanæ, & prouenit ex honestate quadã ciuili ex qua quælibet lex componitur, *vt in c. erit autem lex 4. dist.* contra hoc verò videtur obstare *text. in §. seq. l. 1. infra de postu.* vbi postulare prohibetur eadem ratione, qua intercedere, & dicit iureconsultus, quòd talis prohibitio fuit introducta, ne contra pudicitiã sexui con-

Mulieres à ciuilibus munerib. remotæ.

Tria remouent aliquẽ à iudicando.

Digitized by Google

congruẽtem alienis causis se immisceant, nec virilibus officijs fungantur mulieres. Ecce quòd ex naturali pudicitiæ obseruatione id prohibetur, & tamen eadem ratio est cum senatusconsulto, facit quòd dicit Vale. Max. *lib. 8. cap. 3.* de mulieribus quæ causas alienas gerunt, ne de his quidem mulieribus tacendum est, quas conditio naturæ & verecundiæ stola, vt in foro, & iudicijs tacerent cohibere non valuit. Ex his itaque videtur ipsa natura etiam comprobari, ne fœminæ virilibus fungantur officijs, ne mulierem græco nomine andronem appellemus, si ergò naturali æquitate Velleianum introductum est, secundum Bar. naturalem tollet obligationem, & ita videtur quod Bart. aliqua ratione fuit motus in glo. illius extrauagantis. Sed credo quod talis sit cõcordia adhibenda, & fateor quòd ex quadam æquitate naturali mores ciuiles introducti fuere: Sed hæc æquitas venit per plures illationes à primis principijs naturalibus, vnde non habet tantam vim, vt illam obligationem quæ ex primis principijs, quasi conclusio quædam proxima emanauit, tollere possit, nam ꝓmissa obseruare conuenit rationi naturali, & ista conclusio infertur à primis principijs naturalibus, quæ sunt bonum esse sequendum, malum verò euitandum. Honestas tamen quæ causatur in intercessione, prohibenda venit ex pluribus illationibus, & sic multum remotæ ab his principijs naturalibus, vnde conclu-

siones, quæ immediatè inferuntur à princi-pijs fortiores sunt illis, quæ per plura media, quod etiam experientia docet, nam amorẽ patris erga filiũ, non superauit nepotum aut nepotũ amor, ex hoc facilè intelliges quare est, quod leges ciuiles non tollunt naturales obligatio-
80 nes, vt Bar. docet, † cum videamus eas habere æquitatem & rationem, & omnis lex est ne-cesse quod participet de lege naturali & æter-na, vt sanctus doctor, *in secunda quæstione nona-gesimo articulo primo & in sequentibus.*

¶ Ratio ergo est, quia fortius vinculum est in iuribus naturalibus, quæ immediatè infe-runtur à primis principijs, quam in his quæ ex pluribus illationibus veniunt, & ita potest esse in Velleiano, quia naturalis obligatio, quæ prouenit ex consensu, non ita resolui-tur directò per æquitatem Velleiani, quia illa fortior est. Facit quòd docet Bartolus. *in lege Iulianus verum debitorem in nona columna in-fra conditione indebiti.* Hæc sufficiant pro ex-cusatione Bartolus. Sed credas, quòd in his possem disputare quiçquid vellem: Nihil e-nim in Velleiano, Macedoniano à glossis, vel à doctoribus dictum est, quod ego du-bium non habuerim, vt apparet in parti-cula, quam in nostra disputione de his con-seruj.

¶ Glossa in vltima parte ponit alium in-tellectum ad legem istam, scilicet quod tex-tum

tum tàm in illatione, quàm in principio loquatur de pactis vestitis vt pacta vestita interdum pariant actionem, interdum non pariant eam, *vt lege generaliter de verborum obligatione & lege turpes stipulationes eodem titulo* nam stipulationes quæ contra bonos mores, aut contra publicum bonum, vel turpitudinem continentes fiunt, non valent ipso iure, & ideò interdum pariunt actionem, interdum non, secundum hoc confirmatur eo ipso, quod non infirmatur, ita dicit glossa, quæ finaliter opponit contra primam lecturam, quam ego posui & ipsa tenuit scilicet quod aut pactum valuit, & tunc non est necesse confirmare illud: aut non valuit & non potest confirmari *vt lege obligation. infra.* de obligationibus & actionibus. Sed glossa respondet, quod illa lex (obligationes) loquitur in prorsus prohibitis, vt etiam loquitur lex generaliter supra allegata. Nam obligationes, quæ non habent de se naturalem æquitatem, illæ nec proprijs viribus consistunt: ideò nec lege, nec officio iudicis, nec Prætoris confirmantur. Sed nos loquimur quando pacta habent ex se vires pacti naturalis, & si sint præter legem, quia talia pacta aliquando confirmantur à lege, aliquando stant in solo suo robore naturali *vt lege stipulatio ista Paragrapho alteri.* Hæc est mens glossæ & hîc finitur.

¶ Iste intellectus glo. etsi non ita congruè adaptetur legi, tamen in se verus est, & vt verum tenent eum doctores, ex quo noto † sin-
81 gulariter, quòd etiam conuentiones nomina-
Singularitas. tæ ideò habent actionem, quia lege confirmantur, patet per illationem tex. nostri: hac enim causa ex pacto nominato actio nascitur, quia lege confirmatur. Vnde datur intelligi, quòd actio est de iure ciuili, etiam in contractibus iurisgen. Item infertur contra do. Alexa. infra l. proxima. in princ. dicam ibidem. Nec obstat, quod glo. dicit quod confirmatur eo ipso, quòd nõ infirmatur, quasi dicat quòd in contractibus nominatis non sit necessaria confirmatio. Sed hoc est falsum, nam si à lege ciuili non confirmaretur non produceretur obligatio ciuilis, vt declarat Bar. *in l. si vnus. §. pactus infra eo. in 4. col. infra* & hoc satis constat ex l. nostra, quæ ex confirmatione elicit actionẽ. Item secundum hoc etiam ex pactis nudis orietur actio, quia nec confirmantur nec infirmantur, vt ipsa glossa tenet: & tamen est falsum *vt l. sequent. §. sed cum nulla.* dicendum ergo, quod siue sit contractus nominatus, siue innominatus, siue nominatus de iure gentium, siue de iure ciuili, necesse est quòd ad ortum
Textus singularis. actionis lege confirmetur, *ita est tex. noster sing. secundum* Bartoli intellectum, quem vltimo loco ponit.

¶ Vltimò nota glossæ intentionem in fine, quòd in stipulatione alteri facta, inest naturalis

lis obligatio, quia illa est præter legem, & ideò remanet in suis viribus naturalibus, vnde etsi non habeat stipulationis effectum, quia finis stipulationis cessat, habet tamen pacti vim & effectum, quia in eo pacto ratio fidei obseruandæ verificatur. Hinc infertur, talem obligationem iure canonico efficacem, cum eo iure fidei obseruantia in contractibus consideretur, vnde est, quòd per cap. primum pacta nuda censentur confirmata, de quo satis dixi, *in l. 1. in glo. duorum sup. in eod.* & dicam *in d. c. primo.*

¶ Vltimò Bart. intelligit. l. istam in omni conuentione legima, quia aliquæ sunt conuentiones legitimæ, aliæ non sunt legitimæ: & ideò interdum nascitur actio scilicet quando sunt legitimæ: nam sicut non est verum omnes cōuentiones esse legitimas: Ita non est verum omnes conuentiones parere actiones: sed tunc pariunt, cum legitimæ sunt, & ita dictio (interdum) verificatur. Intelligit ergò Bart. nostram l. in conuentionibus à iure ciuili intro-
ductis, vno modo enim dicuntur † legitimæ 83
conuentiones, quia ius ciuile in eis introduxit formam, & nomen contractus vt in stipulatione, in sponsalitia largitate, in emphiteusi, in literarum obligatione & in constituto. Alio modo, quando pactum stat in solo nomine conuentionis, sed propter aliquam specialem causam lege confirmatur, *vt in l. frumenti. Cod. de vsur. & in l. etiam. ff. eod.* & ita eodem modo cōcludit in conuentionibus, quæ tendunt ad li-

berandum vt in acceptilatione, & cum pactum sit ad tollendam actionem iniuriarum, *vt l. si tibi. §. quædam infra eod.* hæc sunt verba Bart. de quibus pauca dicam, quia supra satis latè examinata sunt.

¶ Et inquantum Bart. intelligit text. nostrum tantum in conuentionibus nominatis à iure ciuili, & innominatis, si tamen à iure ciuili fuerint approbatæ, dic quòd etiam loquitur in contractibus nominatis à iuregentium, quia etiam illæ sunt à iure ciuili approbatæ, & ex approbatione ciuili oritur obligatio, & actio, *vt in l. ex hoc iure ipse. Bar. docet, & in l. si vnus. §. pactus.* & de ista comprobatione loquitur lex nostra, vt patet in illatione, quia ex approbatione infert obligationem & actionem ex pacto. Ergò æquè consentiunt legi nostræ contractus ciuiles & iurisgentium, cum & verba, & ratio eius ad vtrosq; sit æqualis, de quo satis dixi in textualibus.

84 ¶ Secundò notandum est singulariter dictum Bart. quòd constitutum dicitur contractus nominatus, & hoc Bart. errore glossam intelligendo, affirmauit in expositione glossæ in principio, vbi idem tenuit, & eiusdem dictum satis comprobatur ex lege sequenti in principio, vbi contractus, qui habet ex nomine proprio actionem dicitur contractus nominatus, de isto habet actionem propriam à nomine constituti vt notatur *in l. prima Codice eod. &*

eod. & in §. de constituta: Instit. de actio. Ergò est nominatus: item habet nomen & formam, vt Bart. hîc dicit, & probaui supra in illa quæstione, an contractus constituti cócurrere possit cum alio: ergò erit contractus nominatus per doctrinam Bart. in §. quinimò infra lege sequenti. Et sic auctoritate Bartoli, & ratione constat, quòd contractus constituti habet nomen, & formam vltra nomen conuentionis, & ideò est contractus nominatus.

¶ Vnde infero contra notabilia Angeli de Aretio in §. de constituta. Instit. de actionibus, vbi ex illo text. plura notat, & nihil rectè: primò quòd id, quod est debitum ex vna causa, potest fieri debitum ex alia simplici conuentione, vel pacto: sed hoc non probatur ex illo casu, cum ibi non sit nuda conuentio, vel pactũ, sed sit cõtractus nominatus, habens formam distinctam à conuentione simplici, vt in superioribus latè dixi. Vngeinus Aretius reprehenduntur.

¶ Item ipse malè notat id esse speciale in constituto, nam vt ex contractu nominato nascatur actio, non est speciale. Nec est ibi casus, in quo ex nudo pacto oriatur actio, vt ipse credit: & ideò nec consentio eidem, dum vltimò notat, quòd vbi habet locum remedium ordinarium, recurrimus ad illud, omisso extraordinario. Hoc dicebat ea ratione, quia ibidem interuenit stipulatio, ad cuius actionem recurrimus, tanquam

ad acti-

a Actio ex constituto ideò potest dici via extra ordinaria, quia concedatur extra ordinem, & preter morem iuris authoribus vsitatum, hi nō solent actionem ex pacto nudo dare, quod hîc factū apparet: Ideoq; ad hanc actionem ex æquitate Prætoris, natam, veniendum est, cum nulla actio alia competat, si aliqua detur, Prætoris æquitas, vt superflua, cessat. Atq; ita si quis id, quod debet stipulanti soluere promittat, erit stipulatio non constitutum *text. ex præscript. in §. de constituta. Instit. de actioni. & ibi Donellus.*

ad actionem ordinariam omissa actione constituti, quam appellat extraordinariam. Sed dico, quod actio constituti, non est extraordinaria, a cum sit actio ex contractu nominato, prout est actio ex stipulato: & prout stipulatio habet formam à lege ciuili, ita constitutum à Prætore, ita Bart. hîc. Imò quod fortius est, stipulatio cum sit à lege, strictiorem interpretationem habet quàm constitutum, quod est introductum à Prætore, & Prætor æquitate semper mouetur, *vt in l. prima cod. titu. & l. quod si ephesi infra de eo quod certo loco.* Vnde nunquam constituti actio valebit contra æquitatem, *vt l. 3. §. si quis eod. titu.* stipulatio verò etiam stat contra æquitatem naturalem *l. 1. de doli except. infra.* Item constitutum habet propriam actionem ex constituto, sed stipulatio aliquando non habet propriam specialem, sed certi generalem, vt quando certum petitur, *vt §. 1. Instit. quibus modis re con. oblig. l. si quis certum infra.* veriorem opinionem vt probatur *in d. l. si quis certum* si rectè eam consideres. Ergò dicendum est, quòd non est remedium extraordinarium ipsa constituti actio magis, quàm actio quæ oritur ex stipulatione: Nec obstat §. de constituta, nam ibi ideò dicimus actionē ex stipulatione dari, quia est stipulatio, & non cōstitutum, & ideò est stipulatio potius quam con-

constitutum, quia quando interuenit stipulatio, magis creditur animus promissionis, quàm constituti *b vt l.1.§.eum qui. de consti.act.* de hoc satis supra.

¶ Vltimò notanda sunt verba Bart. quæ in fine notat gloss. & ex lege nostra, quòd quotiens lex confirmat pactum ex illo pacto non solum resoluitur naturalis obligatio, sed etiam ciuilis, sed quando pactum non iuuatur lege tunc resoluitur naturalis. ¶ Hæc ista ratione procedunt, quia quo modo quid compositùm est, eo ipso causatur resolutio, ex pacto enim naturalis oritur, & ex pacto contrario naturalis resoluitur, & ex pacto comprobato, vel ex pacto, quòd à lege habet iuuamen naturalis oritur, quia est conuentio: ciuilis verò quia à lege approbatur, aut adiuuatur, & ex eodem pacto si fiat ad liberationem, naturalis dissoluitur *c* vinculo contrariæ æquitatis, & ciuilis, ex confirmatione ciuili.

¶ Vnde hanc assumo conclusionem, quod omnis cōuentio quæ habet ciuilem obligationem, eam habet ex iuuamine legis, aut ex approbatione, aut confirmatione per text. nostrum. Vnde cum lege approbatur conuentio, lege introducitur obligatio per text. nostrum. Sed cum † lege noua introducitur obligatio, ibi agendum est condictione ex lege *vt l.quotiens. infra de condi. ex lege.* Ergò sequitur quòd condictio ex lege, potest competere, quando pactum nudum lege noua confirmaretur:

b Hæc responsio diuinatoria nō satis facit obiectioni, ita dicendū; est stipulatio, qui pacta stipulatione vsæ erant: Ideò non est constitutū quia non est nudum pactum: Prætor voluit tunc nasci constituti actionem, quoties nulla stipulatio, interposita est. Ergò sic ea interposita, hanc considerabimus, & nō animum.

85

86 *c* Quomodo quid ligatur eodem modo cōtrarius actio dissoluitur.

retur: Sed hoc est contra Bar. & omnes *in d.l.1. in vltima parte, dicam in l. iurisgent.§. & ideò.infra.* Hæc sunt quæ in expositiõe glossarum & Bar. tanquam necessaria, ad intelligendum scribẽda censui: cætera omisi quæ in subtilibus quibusdam imaginationibus consistunt, etiam quia miserrimum est in summos viros, ne dicam cõsurgere, sed suarum auctoritatum perfidus notari, quod si etiam in his quæ dixi me nimis incredulitatis vitio inuolutum videris, naturæ obsecro parcas, ab ea enim labor, atq; sollicitudo causas rerum inquirẽdi est insitus: Quæ res facit, vt veritatem perquirens, nimis dubitem, nec id inuidiæ, aut impugnandi voluntati referas, hi namque tam summi sunt, vt mihi infimo (cum in hæc libido æquales obturpet) nullus inuidiæ relinquatur locus. Fortun. Garcia. I. V. doctor.

SVMMARIVM.

1 *Conuentiones iurisgentium nominatas & posse dici legitimas & ciuiles.*

2 *Obligationem ciuilem nasci ex contractibus iuris gentium efficacibus & num. 5.*

3 *Contractus nominati differrent necne ab innominatis de iuregentium ante cõprobationem iuris ciuilis.*

4 *Pacta omnia etiam nuda seruari debere secundum ius canonicum.*

6 *An statutum continens ius ciuile, ius commune elici posit.*

7 Con-

7 Contractum illum censeri nominatum, ex quo oritur actio specifica.

8 Pactum nudum reddi efficax per causam pacto adiectam, & inibi quae sit, in quibus differant contractus nominati ab innominatis.

9 Cōtractum innominatum producere actionem statim atque in esse deductus est.

10 Actio ex venditis an sit natura ante preciū solutum.

11 Permutatio quare non habet nomen speciale quemadmodum emptio.

12 Emptio sit ne species contractus, do vt des, quemadmodum permutatio.

13 Emptionis contractui sit ne contraria ipsa datio, p quam dominij translatio significatur & nu. 15.

14 Accipiendi verbum denotare dominij transla.

16 Dandi verbum significare nonnunquam ex subiecta materia traditionem duntaxat, non etiam dominij translationem.

17 Pecuniae appellatio qua patent, atque inibi de intellectu l. si ff. de condi. causa data & num. 19.

19 Pretium esse necessarium in emptione tanquam essentiale ipsius contractus.

20 Intellectus ad l. si stipulans. ff. de vsur.

21 Vēditor quare teneatur ad dominij translationem si sit dominus rei venditae.

22 Dominium acquiri per traditionem praecedente titulo habili.

23 Emptionem esse non posse, vbi expresse agitur, ne dominium transferatur.

24 Permutationem non posse dici, nisi re ab vtraque parte tradita, & num. sequent & 54.

26 Per-

7 Contractum illum censeri nominatum, ex quo oritur actio specifica.

8 Pactum nudum reddi efficax per causam pacto adiectam, & inibi quæ sit, in quibus differant contractus nominati ab innominatis.

9 Cōtractum innominatum producere actionem statim atque in esse deductus est.

10 Actio ex venditis an sit natura ante preciū solutum.

11 Permutatio quare non habet nomen speciale quemadmodum emptio.

12 Emptio sit ne species contractus, do vt des, quemadmodum permutatio.

13 Emptionis contractui sit ne contraria ipsa datio, p quam dominij translatio significatur & nu. 15.

14 Accipiendi verbum denotare dominij transla.

16 Dandi verbum significare nonnunquam ex subiecta materia traditionem duntaxat, non etiam dominij translationem.

17 Pecuniæ appellatio qua patent, atque inibi de intellectu l. si ff. de condi. causa data & num. 19.

19 Pretium esse necessarium in emptione tanquam essentiale ipsius contractus.

20 Intellectus ad l. si stipulans. ff. de vsur.

21 Vēditor quare teneatur ad dominij translationem si sit dominus rei venditæ.

22 Dominium acquiri per traditionem præcedente titulo habili.

23 Emptionem esse non posse, vbi expreßè agitur, ne dominium transferatur.

24 Permutationem non posse dici, nisi re ab vtraque parte tradita, & num. sequent & 54.

26 Per-

Digitized by Google

IVRIS-

Digitized by Google

VRISGENTIVM. Hæc lex est clauis omnium contractuum, & sicut pactorum materia est principium omnium contractuum, ita ista quæ est principalis in eadem materia, est origo, & doctrina ad causas veræ cognitionis eliciendas: Idcirco lex ista tantùm votis nostris satisfacit, quantum veritatis cura ad eam ex principijs iustitiæ cognoscendam nos sollicitat. Sed ne videar principium huius legis onerare materia, legam tantum vsq; ad §. & ideò ¶ Iste tex. prosequitur materiam diuisionis positam in l. conuentionum su. eod. tamen dicas, quòd prosequitur vnum membrum diuisionis, prout dicit do. Alex. nam hîc iurisgentium conuentiones & legitimæ ponuntur, quia legibus comprobantur illæ, quæ habent actiones, vt ibi dixi. Et diuiditur in tres partes, primò ponitur omnium iurisgentium conuentionum diuisio. Secundò traditur vna regula conuentionum nominatarum. Tertiò datur alia conuētionum innominatarum: Secunda ibi, quæ pariunt: Tertia ibi, sed etsi in alium, vsq; ad §. & ideò. ¶ In summa hoc continet, conuentio iurisgentium, quæ habet actionem specialem est, nominata: innominata verò conuentio parit actionem cum vestitur adimplemento causæ: & nota diligenter quia hæc est vera summa ad textum nostrum. Nec curandum est de summario Bartoli & Alexandri

quia in discursu materiæ, ostendam eos non
1 rectè summam deduxisse. ¶ Nota primò, quòd
Nota. etiam iurisgentium conuentiones nominatæ possint dici legitimæ & ciuiles, hoc probatur ex lege nostra, iuncta l. superiori, vbi legitima conuentio cognoscitur ex eo, quòd producat actionem: sed isti contractus iurisgent. producunt actionem, ergò erunt legitimi per legis ciuilis comprobationem, ex qua resultat actio: idem probatur *Instit. de oblig. §. omnium.*
Cõmunis opinio. Vbi ex comprobatione efficiuntur obligationes ciuiles, quæ aliàs iurisgentium erant: &
2 ita ibi glo. notat quam omnes sequuntur. ¶ Ex quo primò infero, quòd etiam in obligationibus iurisgen. efficacibus inest ciuilis obligatio, & ita probat lex nostra inferius in verbo: *& hinc nasci ciuilem obligationem.* Idem probatur. l. *naturalis. §. 1. de præs. ver. infra.* & hoc sæpè doctores communiter fatentur. Imò & credo, quòd etiam iurisgen. obligationes descendentes à contractibus nominatis, non haberent efficaciam executionis, nisi à lege ciuili comprobarentur, nam à comprobatione oritur ciuilis obligatio & actio, vt patet in istis legibus, quæ non oriuntur, si in solis iurisgent. terminis permanerent, quod tamen intelligo de executione per actionem ciuilem introductam, at ex hoc neganda non esset executio, si qua esset inter omnes gentes, vt manus regiæ aut ex superioris mandato.

¶ An autem de iuregentium, ante comprobatio-

bationem iuris ciuilis, fieret differentia inter contractus nominatos, & innominatos: dom. Alex. *infra in §. sed cum nulla. in fine.* dicebat quòd sic scilicet quòd nominati habebant efficaciam, innominati verò non, vt per legem nostram apparet, nisi haberent vestimentum rei interuentu, nam tunc etiam iure gentium vestiebantur conuentiones ex quo fiebant efficaces, vt etiam patet in nostra lege ad quod allegat *legem ex hoc iure. de iusti. & iu.* vbi contractus iurisgentium nominati dicuntur esse efficaces ab eodem iurisgentium. Item cum habeant diuersa nomina, diuersos debent habere effectus. *vt l. si idem. C. de testa.* vnde Alex. cum Io. de Imò. reprobant do. Ant. *in c. quæ in ecclesiarum de consti.* in dicto satis notabili. de quo ibi. ¶ Sed ego dubito de sua consideratione, quia quid inter gentes in illo iurisgentium fieret, ego ignoro, & ipse non probat: scio tamen quid fiendum esset: Vnde ex hoc magis declino ad eam partem, qua credere tenemur id factum esse, quod fieri deberet, *vt in c. estote misericordes. de reg. iu. extra.* Et considero, quòd iurisgentium obligatio in obseruatione conuentionis, eadem est cum obligatione quæ prouenit ab æquitate naturali, *vt notatur in l. 1. in princ. su. eod. & in l. cum amplius. §. is natura de reg. iu.* Sed ego video, æquitate naturali eodem modo obseruantur pacta nuda & vestita, *vt in ea l. 1. in princ. iuncto dicto Prætoris de quo infra eadem lege §. Prætor.* ergò ita eodem modo de iuregenti-

ad actionem ordinariam omissa actione constituti, quam appellat extraordinariam. Sed dico, quod actio constituti, non est extraordinaria, a cum sit actio ex contractu nominato, prout est actio ex stipulato: & prout stipulatio habet formam à lege ciuili, ita constitutum à Prætore, ita Bart. hîc. Imò quod fortius est, stipulatio cum sit à lege, strictiorem interpretationem habet quàm constitutum, quod est introductum à Prætore, & Prætor æquitate semper mouetur, *vt in l. prima eod. titu. & l. quod si ephesi infra de eo quod certo loco.* Vnde nunquam constituti actio valebit contra æquitatem, *vt l. 3. §. si quis eod. titu.* stipulatio verò etiam stat contra æquitatem naturalem *l. 1. de doli except. infra.* Item constitutum habet propriam actionem ex constituto, sed stipulatio aliquando non habet propriam specialem, sed certi generalem, vt quando certum petitur, *vt §. 1. Instit. quibus modis re con. oblig. l. si quis certum infra.* veriorem opinionem vt probatur *in d. l. si quis certum* si rectè eam consideres. Ergò dicendum est, quòd non est remedium extraordinarium ipsa constituti actio magis, quàm actio quæ oritur ex stipulatione: Nec obstat §. de constituta, nam ibi ideò dicimus actionē ex stipulatione dari, quia est stipulatio, & non cōstitutum, & ideò est stipulatio potius quam con-

a Actio ex constituto ideò potest dici via extra ordinaria, quia concedatur extra ordinem, & preter morem iuris authoribus vsitatum, hi nō solent actionem ex pacto nudo dare, quod hîc factū apparet: Ideoq; ad hanc actionem ex æquitate Prætoris, natam, veniendum est, cum nulla actio alia competat, si aliqua detur, Prætoris æquitas, vt superflua, cessat. Atq; ita si quis id, quod debet stipulanti soluere promittat, erit stipulatio non constitutum *text. ex præscript. in §. de constituta. Instit. de actioni. & ibi Donellus.*

constitutum, quia quando interuenit stipulatio, magis creditur animus promissionis, quàm constituti [b] *vt l.1.§.eum qui. de consti.act.* de hoc satis supra.

¶ Vltimò notanda sunt verba Bart. quæ in fine notat gloss. & ex lege nostra, quòd quotiens lex confirmat pactum ex illo pacto non solum resoluitur naturalis obligatio, sed etiam ciuilis, sed quando pactum non iuuatur lege tunc resoluitur naturalis. ¶ Hæc ista ratione procedunt, quia quo modo quid compositùm est, eo ipso causatur resolutio, ex pacto enim naturalis oritur, & ex pacto contrario naturalis resoluitur, & ex pacto comprobato, vel ex pacto, quòd à lege habet iuuamen naturalis oritur, quia est conuentio: ciuilis verò quia à lege approbatur, aut adiuuatur, & ex eodem pacto si fiat ad liberationem, naturalis dissoluitur [c] vinculo contrariæ æquitatis, & ciuilis, ex confirmatione ciuili.

¶ Vnde hanc assumo conclusionem, quod omnis cõuentio quæ habet ciuilem obligationem, eam habet ex iuuamine legis, aut ex approbatione, aut confirmatione per text. nostrum. Vnde cum lege approbatur conuentio, lege introducitur obligatio per text. nostrum. Sed cum † lege noua introducitur obligatio, ibi agendum est condictione ex lege *vt l.quotiens. infra de condi. ex lege.* Ergò sequitur quòd condictio ex lege, potest competere, quando pactum nudum lege noua confirmaretur:

[b] Hæc responsio diuinatoria nõ satisfacit obiectioni, ita dicendũ: est stipulatio, qui pacta stipulatione vsæ erant: Ideò non est constitutũ quia non est nudum pactum: Prætor voluit tunc nasci constituti actionem, quoties nulla stipulatio, interposita est Ergò sic ea interposita, hanc considerabimus, & nõ animum.

85

86 [c] Quomodo quid ligatur eodem modo cõtrarius actio dissoluitur.

7 Contractum illum censeri nominatum, ex quo oritur actio specifica.

8 Pactum nudum reddi efficax per causam pacto adiectam, & inibi quae sit, in quibus differant contractus nominati ab innominatis.

9 Cõtractum innominatum producere actionem statim atque in esse deductus est.

10 Actio ex venditis an sit naturã ante preciũ solutum.

11 Permutatio quare non habet nomen speciale quemadmodum emptio.

12 Emptio sit ne species contractus, do vt des, quemadmodum permutatio.

13 Emptionis contractui sit ne contraria ipsa datio, ꝑ quam dominij translatio significatur & nu. 15.

14 Accipiendi verbum denotare dominij transla.

16 Dandi verbum significare nonnunquam ex subiecta materia traditionem duntaxat, non etiam dominij translationem.

17 Pecuniae appellatio qua patent, atque inibi de intellectu l. si ff. de condi. causa data & num. 19.

19 Pretium esse necessarium in emptione tanquam essentiale ipsius contractus.

20 Intellectus ad l. si stipulans. ff. de vsur.

21 Vẽditor quare teneatur ad dominij translationem si sit dominus rei venditae.

22 Dominium acquiri per traditionem praecedente titulo habili.

23 Emptionem esse non posse, vbi expressè agitur, ne dominium transferatur.

24 Permutationem non posse dici, nisi re ab vtraque parte tradita, & num. sequent & 54.

26 Per-

IVRIS-

VRISGENTIVM. Hæc lex est clauis omnium contractuum, & sicut pactorum materia est principium omnium contractuum, ita ista quæ est principalis in eadem materia, est origo, & doctrina ad causas veræ cognitionis eliciendas: Idcirco lex ista tantùm votis nostris satisfacit, quantum veritatis cura ad eam ex principijs iustitiæ cognoscendam nos sollicitat. Sed ne videar principium huius legis onerare materia, legam tantum vsq; ad §. & ideò ¶ Iste tex. prosequitur materiam diuisionis positam in l. conuentionum su. eod. tamen dicas, quòd prosequitur vnum membrum diuisionis, prout dicit do. Alex. nam hîc iurisgentium conuentiones & legitimæ ponuntur, quia legibus comprobantur illæ, quæ habent actiones, vt ibi dixi. Et diuiditur in tres partes, primò ponitur omnium iurisgentium conuentionum diuisio. Secundò traditur vna regula conuentionum nominatarum. Tertiò datur alia conuẽtionum innominatarum: Secunda ibi, quæ pariunt: Tertia ibi, sed etsi in alium, vsq; ad §. & ideò. ¶ In summa hoc continet, conuentio iurisgentium, quæ habet actionem specialem est, nominata: innominata verò conuentio parit actionem cum vestitur adimplemento causæ: & nota diligenter quia hæc est vera summa ad textum nostrum. Nec curandum est de summario Bartoli & Alexandri

quia in discursu materiæ, ostendam eos non
1 rectè summam deduxisse. ¶ Nota primò, quòd etiam iurisgentium conuentiones nominatæ possint dici legitimæ & ciuiles, hoc probatur ex lege nostra, iuncta l. superiori, vbi legitima conuentio cognoscitur ex eo, quòd producat actionem: sed isti contractus iurisgent. producunt actionem, ergò erunt legitimi per legis ciuilis comprobationem, ex qua resultat actio: idem probatur *Instit. de oblig. §. omnium.* Vbi ex comprobatione efficiuntur obligationes ciuiles, quæ aliàs iurisgentium erant: &
2 ita ibi glo. notat quam omnes sequuntur. ¶ Ex quo primò infero, quòd etiam in obligationibus iurisgen. efficacibus inest ciuilis òbligatio, & ita probat lex nostra inferius in verbo: *& hinc nasci ciuilem obligationem.* Idem probatur. l. *naturalis. §. 1. de præs. ver. infra.* & hoc sæpè doctores communiter fatentur. Imò & credo, quòd etiam iurisgen. obligationes descendentes à contractibus nominatis, non haberent efficaciam executionis, nisi à lege ciuili comprobarentur, nam à comprobatione oritur ciuilis obligatio & actio, vt patet in istis legibus, quæ non oriuntur, si in solis iurisgent. terminis permanerent, quod tamen intelligo de executione per actionem ciuilem introductam, at ex hoc neganda non esset executio, si qua esset inter omnes gentes, vt manus regiæ aut ex superioris mandato.

Nota.

Cõmunis opinio.

¶ An autem de iuregentium, ante comprobatio-

Digitized by Google

bationem iuris ciuilis, fieret differentia inter contractus nominatos, & innominatos: dom. Alex. *infra in §. sed cum nulla. in fine.* dicebat quòd sic scilicet quòd nominati habebant efficaciam, innominati verò non, vt per legem nostram apparet, nisi haberent vestimentum rei interuentu, nam tunc etiam iuregentium vestiebantur conuentiones ex quo fiebant efficaces, vt etiam patet in nostra lege ad quod allegat *legem ex hoc iure. de iusti. & iu.* vbi contractus iurisgentium nominati dicuntur esse efficaces ab eodem iurisgentium. Item cum habeant diuersa nomina, diuersos debent habere effectus. *vt l. si idem. C. de testa.* vnde Alex. cum Io. de Imò. reprobant do. Ant. *in c. quæ in ecclesiarum de consti.* in dicto satis notabili. de quo ibi. ¶ Sed ego dubito de sua consideratione, quia quid inter gentes in illo iurisgentium fieret, ego ignoro, & ipse non probat: scio tamen quid fiendum esset: Vnde ex hoc magis declino ad eam partem, qua credere tenemur id factum esse, quod fieri deberet, *vt in c. estote misericordes. de reg. iu. extra.* Et considero, quòd iurisgentium obligatio in obseruatione conuentionis, eadem est cum obligatione quæ prouenit ab æquitate naturali, *vt notatur in l. 1. in princ. su. eod. & in l. cum amplius. §. is natura de reg. iu.* Sed ego video, æquitate naturali eodem modo obseruantur pacta nuda & vestita, *vt in ea l. 1. in princ. iuncto dicto Pratoris de quo infra eadem lege §. Prator.* ergò ita eodem modo de iuregenti-

um. Item hoc patet ad experientiam, nam quo ad ipsam naturalem rationem, quid differt, an consentiam in emptionem, vel in permutationem: At si diceres quod consensus in emptione, est in actu, consensus verò si solus sit in permutationis causa, non potest esse nisi ad actum. Hæc nihil faciunt ad naturalem rationem fidei seruandæ: vnde nec ad iusgentium facere debent: cum nihil aliud sit, quàm id quod gentes naturali ratione obseruant, *vt in §. quod verò. Instit. eodem & leg. omnes populi de iust. & iur.* Nec id respondeas, quòd ista distinctio fit à gentium iure secundario, quòd à naturali ratione discedit, vt tradit Bar. aliàs de seruitute *in leg. ex hoc iure de iusti. & iure*: nam nunquam secundarium, nec primæuum inuenies, quod à ratione naturali discedat, quia discedet à se ipso, & secundarium ius non constituit differentiam essentialem, vt patet in definitione iurisgentium, & hoc in eadem seruitute probatur *in §. item qui ab hostibus. Institut. de rerum diui. iuncto §. singulorum & eius diuisione*: quod aliàs latè ostendam dum Deus mihi patrocinabitur.

4 ¶ Item facit quod dicitur, de iure canonico pacta omnia æqua ratione obseruari: In quo ius canonicum perfectius se habuisse, quam ius ciuile constat: nec negandum est, quòd pactum à nomine nudum non obseruare sit peccatum. vt ipsi doctores omnes fatentur: ergò erit contra rationem naturalem,

Cõmunis opinio.

Digitized by Google

lem, quia peccatum est, quod contra rationem naturæ cõmittitur, vt tenent Theologi, de quo satis dicam *in dicto c. primo*. Ista ergo imperfectio, aut iustitiæ negligentia non est danda in iuregentium, cum de ea non constet: nec id obstabit, quod aliàs aliqui doctores dicere sunt soliti, actiones ciuiles successisse in locum manus regiæ per text. *l. 2. de orig. in §. deinde*: quia hoc ex illo §. non probatur. Item non obstat text. noster, imò in contrarium facit, quia actio, quæ datur in contractibus iurisgentium ex ciuili oblgatione causatur vt dicebam su. & patet in verbo *hinc nasci ciuilem*. Vnde eo casu, quo ius ciuile non cõprobat, remanent obligationes in iurisgentium terminis, quia termini sunt æquales eodem iuregentium, pactus ergo actionis, & exceptionis causatur à iure ciuili, actionis scilicet ex comprobatione iuris ciuilis. *vt l. legitima. & exceptionis* ex comprobatione Prætoris *vt in Paragrapho sed cum nulla: iuncto Paragrapho Prætor. infra eadem leg.* & ita rectè intelliges textum nostrum, nec probatur *lex & hoc iure. de iust. & iure*: quia si tibi text. dicit quòd obligationes à iuregentium sunt institutæ, & intelligis de obligationibus gentium tantùm dico quòd ita loquitur de nudis conuentionibus, sicut de vestitis, vel tantùm loquitur de his, quæ à iure ciuili comprobantur, quod verius est, quod ita fore credendum est: nam totius corporis iu- Peccatum quid.

ris præcepta aut sunt sumpta à iuregentium, aut à naturali, aut à ciuilibus meris, *vt in l. prima*
5 *§. priuatum de iusti. & iure.* Vnde † obligationes fuerunt institutæ in corpore iuris ciuilis à iuregentium, quia quæ conuentiones iurisgentium vsu frequentiori erant introductæ & habebant nomen proprium, easdem ius ciuile comprobauit, vnde fuerunt obligationes institutæ ab origine iurisgentium, á comprobatione tamen iuris ciuilis, & ita loquitur tex. *in l. ex hoc iure.* si eam rectè intelligis, & ita resolues facile difficultatem quam ponit Paul. de castro in exceptione ibi posita, in finali colu. in repetitione.

Obiectio. ¶ Nec obstat quòd dicit, quòd diuersa nomina non sunt sine mysterio: nam hoc nihil probat, quia vt probet, necesse est in hoc esse mysterium, quod non probatur probando aliquod esse mysterium. Sed ego causam diuersi nominis dabo, quam credo fuisse, quia contractus nominati ex commercio gentium sunt, aut fuerunt magis in vsu, quàm innominati, & ideo innominati sine specifico nomine permanserunt. Nec, si rectè attendatur, in isto casu diuersa sunt nomina, cum alia pacta sint sine nomine, alia sint cum nomine, quia ad nomen specificum transeunt. Sed transitus causam declaraui.

Quare aliqui contractus sunt innominati.

¶ Secundò infero, quòd ex comprobatiõe iuris ciulis, nascitur vinculum ciuile etiam si aliàs sit validum iuregentium, probatur hîc: nam

Digitized by Google

nam à iure ciuili datur actio,& obligatio,quia eodem iure sunt comprobata, *vt in l.supra prox. & in d.l.ex hoc iure. & probatur, Insti.de oblig.d.§.omnium.* ¶ Vnde infero contra id quod dicit ¶ Pau.de castro *in l.ius ciuile la.prima de iusti.& iure:* quòd si statutum continet id, quod ius commune, non potest dici statutum: vnde, cum ipse Paul. de Cast. se referat ad notata *in c. 1. de constit.lib.6.* quidam Moderni determinabant ibidem, quòd sublato iure communi tollitur totum, nec statutum habebit in se aliquid, per eundem text. *in d. l. ius ciuile.* Tamen ille text. non rectè inducitur, quia verum est, quod si statutum idem continet, dicitur id quod continetur in statuto, esse confirmatum ab eodẽ statuto, vt patet *in prin. l. legitima su. eo.* item si à iure ciuili comprobetur id, quod à iuregentium introductum est, per comprobationem efficitur ciuile, *vt in d. §. omnium.* & per eandem comprobationem additur vinculum iuris cõprobantis, vt videmus in pactis à lege comprobatis, vel in obligationibus iurisgentium *facit lex quotiens de act. & obli. & lex 1. de condi. ex lege, & quod ibi notat Bar.in vltimis verbis.* Nec obstat *lex ius ciuile:* vbi si aliquid non additur, vel Obiect. detrahitur iurisgentium, ciuile non efficitur. Itaque si idem contineat omni modo, tunc nõ erit ius ciuile, sed gentium: nam respondeo, quòd ibi de mero iure ciuili introductiuo loquitur, quod probatur per diuisionem positam *in l.1.§.priuatum ius.* Vbi docetur ius nostrũ,

Digitized by Google

aut constare ex naturalibus præceptis, aut gẽtium, aut ciuilibus. Itaque post declarationem iuris naturalibus & gentium, ponitur declaratio iuris ciuilis distincti ab his duabus speciebus: & ideò ille tex. declarat quæ in legibus nostris censeantur iura mere ciuilia, & ita loquitur lex illa, quæ non negat, quod si ius naturale comprobetur à iure ciuili, possit dici ciuile, *vt dicit in d. §. omnium.* Quæ ciuilitas prouenit à comprobatione, & ex ea oritur obligatio distincta, vt confitetur etiam ipse Pau. *in l. ex hoc iure in vl. col. in repe.* Patet ergò, quòd illa lex nec probat statutũ nihil esse, nec quod sublato iure communi, tollatur totum ius: an autem vera sit opinio glo. *in d. c. 1.* non est præsentis speculationis.

7 ¶ Nota secundò legem istam, quòd vbicũque ex contractu damus actionem specificã: ibi constat contractum esse nominatum. Hãc consequentiã facit Vlpianus in nostra lege ibi quæ *pariunt actionem in suo nomine non constant.* Vnde inferebam, quòd cum ex pacto pignoris, pignoratitia actio constitueretur, quòd pactum vel conuentio pignoris erat contractus nominatus, de quo latè dixi *in l. 1. in §. fi. supra.* Item inferebam contractũ constituti esse nominatum, & ita inter alia allegabam istum text. contra quendam excellentissimum virũ, cum in circulis hanc quæstionem disputasset de quo latè dixi supra *in l. legitima.*

8 ¶ Tertiò nota istum tex. quod pactum nudum

Digitized by Google

dum, efficitur efficax per causam pacto additam, quæ causa verificatur, quando interuenit res ex vna parte promissa. Vnde Bald. & Moderni Papienses *in princ. legis nostræ* notant duas differentias inter contractus nominatos & innominatos: vna est quòd contractus nominati, eò ipso quod in esse sunt producti, producunt actionem & obligationem, vt tenet etiã Bart. *in l. 3. col. de condi. ex lege*: innominati verò demum secuto adimplemento, & non ab initio, *vt in l. 1. §. item emptio de rerum permutatione. & per legem nostram.* item contractus nominati habent nomen specificum, ex quo ab alijs distinguuntur, innominati verò habent nomen generis, & confusum, vt puta do vt des facio vt des &c. si tamen hæc perpensius animaduertas, cognosces † primam differentiam non esse congruam: Finge quòd dedi, vt des, certè ista cõuentio non differt secundum eos à cõtractibus innominatis, quia statim, quòd ista conuentio est in esse deducta, habet actionem, & ita est in facio vt facias, & in do vt facias, & in facio vt des. Quia si isti contractus stant in terminis suæ significationis: id est quãdo à datione vel facto incipiunt, vt loquitur *lex naturalis de præsentibus verbis*, semper producunt actionem eo ipso, quod in esse producuntur. 9

Adde ad hanc Materiam ꝙ pactũ nudũ multis modis sve stitur: vt habetur notabiliter per Fran. Padua. *in l. legem c. de pact, & in l. iuris gent. §. igitur nuda ff. eo. titu.*

¶ Præterea certum est, pignus esse contractum nominatum, *vt in lege 1. Paragrapho final. supra eodem.* Sed statim quod est non producit actio-

actionem, sed demum soluta pecunia *vt l. si in rem §. omnis, & ibi Bar. & glo. infra de pig. act. & nota in §. fi. Insti. quibus mod. re. contrah. oblig.* Ergò, &c. Item hæc differentia damnatur sententia Pauli de Castro hîc, cum reprobet glossam, ponentem differentiam inter contractus qui re contrahuntur, & pacta rei interuentu vestita, nam glo. dicebat quòd contractus qui re contrahuntur, ab initio producunt actionē: sed pactum demum rei interuentu pariunt. Dicit Paulus, quod si cōuentio nominata incipit à traditione, certè tunc nulla esset differentia, & ideò glossa non loquitur benè, & idē dicit dominus Alexand. hîc, & eadem est sententia Bal. Cini, & Saliceti *in l. legem. C. de pactis.* vnde non est congrua differentia: Item si rectè consideretur tex. noster, loquitur in casu in quo, quo ad natiuitatē actionis nō sit differentia, nam dicit, quòd etiam in contractibus innominatis re ipsa nascitur actio, cum secum habeat causam, & hoc expresè probat: *ibi si subsit tamen causa, esse obligationem* vt puta si dedi tibi rem, vt mihi aliam des. Vnde in isto casu nulla est differentia, quod clarè probatur ex doctorum disciplina, nam permutatio est innominatus secundùm eos: Sed permutatio eo ipso quod est, producit actionem, ante enim non est permutatio, quàm res sit tradita, saltem ab vna parte, *vt l. ex placito. C. eo.* ergo &c.

Obiectio. ¶ Nec obstat *lex 1. §. item emptio, per Bald. alle.* nam ibi in differentia inter emptionem & permutatio-

tationem loquitur, & fateor, quòd solo consensu producitur actio in emptione, & in permutatione re demum secuta. Ista tamen differentia non est ab omni contractu nominato sed ab his, qui solo cōsensu cōtrahuntur. & ita nō habet locū in contract. quia cōtrahuntur. Imò possum dicere, quòd etiam inter emptionem & permutationem non potest esse vera differentia posita à Bal. & Modernis, quia prout emptio eo ipso quòd est, producit actionē: sic vt doctores intelligo, nam demum, re secuta, est per mutatio, aliàs ante rem secutam, est placitum de permutando *vt l. ex placito: de rerū permutatione* C. & ita hîc Paulus. Vnde cum res est secuta, statim producitur actio, *vt in lege nostra.* Nec obstat *lex 1. §. & item emptio*: nam ibi nihil significatur nisi quòd emptio consensu contrahitur, permutatio autem à rei traditione incipit, & ante non erit permutatio: Cum erit tamen, statim producit actionem, prout emptio. ¶ De alia autē differentia id notes, quod tex. iste non vult quòd contractus do vt des, sit nomen generis, & quòd ista ratione non producant actionem: sed vult, quòd isti contractus stent in solo nomine conuentionis, & ita genus conuentionis assumitur in text. nostro, non autem genus do vt des: de quo infra videbis effectum. ¶ Et his etiam refellere poteris secundum notabile Iasonis, qui dicebat istum tex. meliorem de iure, quòd ad hoc, vt ex contractu nominato possit agi, non requi-

ritur

tur aliquod implementum ex parte agentis, aliàs non esset differentia inter contractus nominatos. & innominatos, quam tex. iste voluit ponere: *& lex 1. de rerum permutatione*, scilicet quod in contractibus innominatis non oriatur actio ante adimplementum, ergò innominatis ante adimplementum potest agi: etsi dicit notasse Ang. hîc, Sed etsi ista conclusio sit vera in se, tamen non infertur ex isto text. quia iste tex. noluit ponere talem differentiã, imò ponit quandam conformitatem, quod, prout contractus habentes actionem, habent nomen & causam, ita etiam si nõ habeant nomen, si tamẽ habeant causam, oritur actio: ita dicit text. noster, quòd ego exemplo tibi demõstro: certè prout do, vt des exigit adimplementum, vt verificetur in terminis nostri text. & vt producere possit actionem, ita in deposito & commodato requiritur ipsa rei traditio, vt sit depositum vel commodatum, & vt ex deposito vel cõmodato producatur actio. Nulla ergo in his versatur differentia inter contractus nominatos, & innominatos, cum in textu nostro, ita potur depositum & commodatum ex parte nominatorum, prout emptio & venditio.

¶ Sed si dicas, quòd nominati eo ipso quòd sunt in esse producunt actionem, adhuc hoc non probabis ex lege nostra, quia Vlpianus non argumentatur de nomine ad actionem: sed de actione ad nomen, non enim dicit nomina-

minatos habere actiones: sed habentes actiones esse nominatos. Vnde iste tex. in vulgus ad alia deducitur, quàm ad ea quæ intendit.

¶ An autem ante precium solutum nasca- 10
tur actio? credo actionem statim natam quia est obligatio quæ consensu contrahitur, *vt instit. de obligatione quæ ex consensu in princ. & in lege consensu de obligatione & action.* & ideò nec scriptura, nec traditione aliqua opus est, vt substantiam capiat obligatio. Ita dicunt illa iura, item emptio & venditio contrahitur simul atque de precio conuenerit, quamuis, precium numeratum non sit *vt institut. de emptio. & vendi. in princ. idem probatur in d. lege prima de re. permuta. Paragrapho item emptio.* ex his credendum est quod actio statim ipsa conuentione sit nata, quod optimè probatur per text. *in §. perficiuntur. Institu. de dona.* Nec obstat lex *Iulianus. §. efferri:* quia ita lex loquitur quoad exercitium actionis, non autem quo ad eius natiuitatẽ, imò præsupponitur actionem natam, cum dicat quod emptor offerre debet preciu cum ex empto agatur, postea verò cum subiungit, *quod si totum precium non offeratur, non est ex emptio actio*: debet intelligi de actione prout stat in agendo, quasi dicat quod agere non debet, imò iudex ex officio suo repellere debet, quia illa est qualitas intrinseca, quæ inhæret ipsi actioni, de qua iudex supplere potest, vt in simili dicit Bartolus *in l. lecta. in pe. columna infra si cer. peta. & in lege cum qui ita §. qui ita infra de* verbo-

verborum obligatono & in lege exceptiones. Codice de probatione. Nec obstat *lex filiæ licet Codice de colla.* vbi deneganda est actio, quam intellige iam ab emptione ortam, officio iudicis ad exercitium impediendam vel denegandam, vt ostẽdam *in §. infra proximo*, vel ope exceptionis *vt l. 2. post prin. ad vel. & l. nam & postea. in princ. de iur. iu. & l. 1. §. sublata ad* Trebel. & vbique Bart. & ita communiter sentiunt doctores. ¶ Vltimò nota multum mentem & sensum text. istius, in ver. sed etsi, quod in contractu do vt des, vel in contractu do vt facias, ea ratione oritur præs. verbis actio, quia pactum ex datione vestitur causa, & sic vbicunque pactum habet causam, ibi oritur actio incerta ciuilis, quæ quidem causa ita verificatur in facto prout in dando vt patet in §. infra proxi. *& l. solent de præs. verbis infra.* & idem tenet glò. hîc in verbo causa, quam signanter nota: de quo satis latè scribam infra proxi. §.

Cõmunis opinio.

Adde quod permutatio sit species emptionis Spect. in tit. Loca, §. 6. versic. 21. *ibi Io. An. in addi.* Vbi dicit, quòd permutatio est vicina emtioni. *Spe cu tit. de rerum permutatio. in prin. ver. cæterum.*

GLOSSARVM *Interpretatio.*

¶ Venio ad glossas & assumo glo. in verbo facias quæ quærit, quare permutatio, quæ est species, do vt des non habet nomen speciale, vt emptio: cum tã permutatio quàm emptio sint species, do vt des, *vt l. naturalis. §. 1. infra de præs. verbis.* imò & videtur quòd elegantius sit nomen permutationis quàm emptionis cum permutare hinc inde accipiatur. & sic vno nomine vtramque partem compræhendit. Sed emptio

Digitized by Google

emptio tantùm partem emptoris significat, venditio verò partem vendentis. ¶ Respondet primò glo. quòd hîc contractus dicuntur nominati qui solum consensu vel conuentione ipsa perficiuntur, *vt l.1. §. item emptio. infra de rerum permu.* Sed permutatio non est huiusmodi: ideò non est nominatus contractus, & ita respondebat Ioan. Sed hanc rationem reprobat glossa & ibi & hîc, quia commodatum & depositum non contrahuntur solo consensu, tamen sunt contractus nominati *vt in l. nostra.* Secundò soluit glo. quòd ideò non est nominatus, quia statim producitur, nō parit actionem sed demum re secunda: & tunc non nascitur actio ex re, sed ex pacto præcedente, *vt l. ex placito C. de rerum permu.* at in mutuo deposito, & commodato, eo ipso quòd sunt in esse producti producitur actio: nam nō sunt in esse, donec res interueniat & ideò dicitur re contrahi obligatio, & ob hoc dicuntur nominati contractus, qui re contrahuntur: itaque glo. remanet cum prima solutione, vel dicit quòd illa erit ratio, quæ datur à glo. *in Rubr.* C. *de rerum permut.* scilicet quòd permutatio habet nomen generis, quia permutatio conuenit etiam emptioni, locationi, & omni contractui, vbicunq; hîc inde aliquid contrahatur. Sed alij contractus distincta sumpserunt nomina: Vnde rectè dicuntur contractus nominati: Sed cum species certa pro alia certa datur, & nō habeamus nomen proprium hu-

X ius

ius contractus dedimus ei nomen generis scilicet permutationem: ita dicit gloss. ibi & hîc.

12 ¶ Primò nota ex glossa ista, iũcta glo. in verbo in suo nomine, quòd tàm emptio quàm permutatio sunt species do vt des. Ex quo infero quod in emptione potest agi vt dominiũ trásferatur: nam si est species istius contractus do vt des, sequitur in emptione agi posse, imò agi secundùm suam: vt res detur pro precio, & sic, vt dominium transferatur *vt §. sic itaque instit. de act.* itaq; si conueniatur de dando rem pro certa pecuniæ quantitate, erit emptio, per istam glossam, & clarius per gloss. 2. superiorem. Sed contra huius glo. sensum est cõmunis opinio imò, vt credo omnes id tenent in *l. fi. infra. de cõ. causa dat. a caus. non se. per tex ibi,* scilicet quòd si do tantam summã pecuniæ pro danda tali re, nõ est emptio: ratio, quia de natura emptionis nõ est dare: vnde cum de danda re agitur, erit cõtract. innominatus secundũ tex. ibi. Videmus enim quòd emptio ad tradendum obligat *vt l. 1. de act. empt. infra.* Sed dare est vltra quàm tradere *vt in §. sic itaque. Insti. de act.* ideò cum de dãda re agitur non erit emptio. Adeò, quòd ibidem Moderni Papienses dicebant, quòd si de emptione expresse ageretur cõstituto precio & nominata expresse emptione, si tamen fiebat conuentio de re tradenda & danda, talis conuentio dandi reijciebatur, tanquam naturæ oblig. contraria, & obligatio remanebat in sua natura scilicet quòd tradere teneretur vẽditor.

Communis opinio.

Dandi verbum non conuenit emptioni & venditioni.

ditor, sed non dare, & ita intelligebant *l. si stipulatus, de vsuris infra.* quod ea ratione dicebant, quia dare est contra naturam emptionis secũdum glo. & Azo. *in d. l. si.* quæ opinio ab omnibus comprobatur. Sed cum ponitur in emptione dedit & vendidit, illud verbum dare accipitur impropriè pro traditione: & ita procedunt doctorum sententiæ: secus si dicat vendidit, tradidit, & dedit, quia tunc illud verbum dedit, non potest exponi id est tradidit, cum verbum tradidit, sit ibi positũ: ideò reijciendũ est verbum dedit tanquam contractus naturæ contrarium. Et ita loquitur lex ita stipulatus & hic fuit Modernorum sensus. ¶ Ego verò recordor in disputatione, in his ad quamcunq; partem, quicquid volui tenuisse: Sed quod mihi congruentius videbitur, id eligã, nec à proposito nostræ glo. discedam: Et nisi me tantæ auctoritatis & doctrinæ verecundia teneret, iure dicerem sententiam Azonis & cęterorum consultius fuisse proferendam, sed eorum scientia tàm latè patẽs, dum ignorantiam secludit, negligentiæ tamẽ notanda erit, vereor ne negligentiæ eorum nota in verecundiæ notã inciderim: nam innumerabiles rerum causas lustrauerint, aliquas indigestas tradidisse, in tanta humanorum casuum mentis turbine non est mirum.

Commu- nis opinio.

Arguere negligentiæ, honestius quàm ignorãtiæ.

¶ Credo ergo quòd naturę emptionis non contraria ipsa datio quæ significat dominij translationem. Hoc probatur primò per eun- 13

cum dicat explicatus est articulus ille do vt des. Et tamen, vt vides in duobus exemplis positis loquitur per verbum do vt accipiam: ideò est intelligendum quod verbum *accipiam*, significet id quod dederis. ¶ Item probatur optima ratione, quia verbum *accipiam*, si significat tradere, tunc emptio non sumitur isti generi do vt des sed generi do vt facias, vel generi facio vt des, & sic deberet poni in Paragrapho at cum do, vt ponitur locatio, sed hoc est falsum: ergo &c. Facit quod tenet Bal. *in lege prima Codice de rerum permuta.*

¶ Vnde destrues id quod passim doctores dicunt per illum text. quod verbum *accipiam*, non significat dominij translationem de sui natura, & hac de re non teneo limitationem primam, quam ponit dominus Iason *in d. l. fi.* quòd ille text. non procedit in conuentione, si do pecuniã vt accipiam rem, nam etiã tunc non erit emptio vt infra declarabo. ¶ Item hinc dubito de intellectu, quem dat ipse Bart. *in d. l. fi. & in d. §. & si quidem. ad l. cum mora. Cod. de trans.* quod verbum accipere, suscipere, & recipere ideò intelliguntur iure dominij, quia parti bonorum sunt adiecta, *vt lege non amplius. Paragrapho fin. infra de leg. 1.* nam dico, quòd etiamsi non sint adiecta vniuersitati aut generi, importare possunt dominij translationem sui natura, & ita notat ipse Bartol. *in d. l. cum mora. in 2. col. post me.*

¶ Facit textus *l. si tibi area de praes. ver.* vbi a-

actio. empt. vbi si vendens est dominus, tenetur necessariò trãsferre dominium, & ideò rationi eidem contra dicitur, quòd translatio dominij sit contra naturam emptionis, cum si habeat dominium illud teneatur præcisè trãsferre *per tex. ibi & per §. precium. Instit. de empt. & ven. facit tex. in l. nunquam. de act. rerum do.* vbi emptionis causa traditio facta, causat translationem dominij, idem *in lege clauibus: de contrahen. empt. infra:* vbi clauibus traditis ex causa emptionis, transfertur hoc ipso dominium. *facit etiam lex in conuentionalibus, in fi. de verborum obligat. & quod ibi not. Bartol. facit text. in l. ius ciuile. de rei vendica. Cod. & in §. vendita Insti. de emptio. & vend.* ¶Item facit in proposito cõtra communem intellectum ad d. legẽ si quia ego video nam depositi non est, quòd dominiũ transferatur nec natura commodati, imò quòd non potest esse commodatum, nec depositum, quando dominiũ transferatur vt *l. lucius. depo. infra. in §. item is cui. Insti. quib. mo. re con. ob.* Sed sic est quod † cum ego rem tibi custodiendam dedi: item cum rem vtendam dedi, dicitur commodatum & depositũ *in eo. §. Item is cui. & in l. 1. cõmo. & l. 1. ff. depo. in prin.* ratio, quia cum verba, & res de qua agitur, cõpetant deposito vel cõmodato, erit depo. vel cõmodatum: nec curamus an ver. dare significet dominij translationem, cum in hoc casu significet, quod alia verba denotant: nã si do rem ad custodiã vel ad vsum, illud verbum *dare* significat tradi- 16

Digitized by Google

tionem ex subiecta materia: ita ergò vbi datur res pro pecunia numerata *vt in §. precium. Instit. de empt. & ven.* Sed si dicas quod fatentur doc. quòd si de precio fiat mentio, erit emptio, etsi ponatur verbum dare. Respondeo, quòd idē est quod expressè dicatur de precio, vel detur pecunia numerata, ratio quia pecunia numerata, ad hoc fuit inuenta, vt precium esset, *vt l. 1. infra de contrahen. empt.* & prout in deposito & commodato, non est necesse, quòd expressè fiat mentio de contractu, sed de re pertinente ad essentiam contractus, ita in emptione. ¶Ex his ergò credo, quòd si pecunia numerata detur pro re danda, sit emptio *vt d. l. naturali §. & si quidem*, siue intelligamus quòd dare teneatur, id est tradere, siue intelligamus quòd teneatur dare, in dominium transferre quod verius adhuc credo, cum nihil obstet naturę emptionis.

Obiectio. ¶Nec obstat *text. in d. l. fin.* quia possum respondere, ibi pecuniam datam loco speciei, vt dicebat glo. Sed istam glossam repræhendit Bart. quia fingit: sed ego probabo inferius, non solùm esse loco speciei, sed speciem esse, & ita melius dixisset glo. speciem forsan esse.

17 Et ad veritatem illius l. præsuppono pecunię appellationem generalem esse, adeò quod equus, homo, & vestis imò & quodlibet in patrimonio consistens, eius rei appellatione cōprehenditur *vt l. pecuniæ. la. prima & la. 2. de verbo. sign. infra.* vbi dicitur pecuniæ verbum omnia corpo-

Digitized by Google

corpora, etiam vltra pecuniam numeratam complecti, nemo est qui ignoret. Item dicitur *in l. receptitia. C. de constituta pecunia*, quod constitutæ pecuniæ actio competit vltra pecuniam numeratam, quia appellatione pecuniæ, certus homo, vel certus ager, vel certa domus recta significatione comprehenditur, & ita dicit subtilitate eorum, qui non sensum, sed vana rerum vocabula amplectuntur respõdendum. Itaq; cum ad emptionem non solum pecunia sufficiat, sed requiratur pecunia numerata, *vt in §. item precium. Instit. de empt. & ven.* vbi dixit text. precium aũt constitui debet in pecunia numerata, item ita loquitur tex. *l. 1. de cõtrahen. empt.* quòd nummi fuerunt inuenti ad emptionem, & non dixit pecuniam, aut si loqueretur de numerata, *vt in prin. Insti. quibus modis re con. ob.* Vnde clarè constat, quòd si do tibi pecuniam vt des Stichum, non erit emptio, ratio, quia non constat pecuniam esse numeratam, & precium constitutum, & ita potest intelligi tex. ille: pecuniæ enim appellatio, non est necessariò statuta ad numeratam: sed ad emptionem necesse est, quod interueniat numerata, ideò ex pecunia non concludit rectè emptionem interuenisse: & ita respondebam, cum Senis Marinus Socinus egregius doctor in me publicè disputantem acerrimè consurgeret, facit quia semper censetur res in sua natura persistere, nisi probetur mutatio, sed ante cum daretur res pro re, semper

Mutatio non præsumitur.

erat permutatio. *vt l. 1. in prin. de co. empt:* postea verò fuit introducta emptio, ad cuius verificationem necesse est, quòd probentur essentialia, sed in prædicta l. fi. non probantur. Nec iste intellectus quemquam exasperet, quia similis datur, & verus *per gloss. ibi ad l. 1. de triticaria infra*, vbi dicitur, triticariam actionem non competere, vbi pecunia numerata exigitur, dicit tamen gloss. quòd verum erit in pecunia numerata, quæ ibi strictissimè sumitur, ideò ad cætera, quæ consistunt pondere, numero, & mensura competet triticaria, quia solũ negatur, quãdo pecunia est numerata. Eundem quasi intellectum inuenies, *in leg. si pecuniam in prin. eod. tit. de con. ob cau. infra. vbi ne sit locatio:* & sic contractus nominatus interpretatur pecuniam in specie, & ita glo. dicit posse intelligi tex. ibidem cum dicat, si pecuniam ideò acceperis vt Capuam eas: pecuniam scilicet in specie: *vide glo. primam ibidem.* ¶ Sed vnum est, quod me facit dubitare, quod si ille text. loquitur cum permutatur species pro specie, vel genus pro genere, in quo etiam stat permutatio, *vt infra ostendam.* Videbatur quod text. non deseruiret de dubio, sed videtur determinare summum dubium, cum dicat ibi Celsus, quòd procliuior est ad determinatiõem istam scilicet quòd non sit emptio, quasi quæstio sit nimis dubitabilis. Sed secundùm nostrum intellectum, non habet aliquod dubium, cum id vulgare videatur, quòd emptio constat ex precio pecuniæ

Digitized by Google

cuniæ numeratæ, *vt l.1.de contrahen. empt.& l.pacta conuenta.post prin.eod.tit.& §.item precium, cum similibus.* ¶ Ideò forsan dicere rectè poteris, quòd etiam si text. ille loquatur de pecunia numerata, puta quia ego, qui eram amicus tuus, dedi decem ducatos, vt equum mihi dares, non erit emptio, quia eos ducatos non do pro precio, sed pro quadam remuneratione cum inter amicos emptio, maximè rerum nõ preciosarum, leuem arguat amicitiam: Ideò erit quidam contractus innominatus, quod genus contractus in Hispania maximè in vsu est: vbi gentis antiquæ Romanæ vestigia veræ amicitiæ, nobilitatis, ac fidei permansère. Hispani enim, emptionem inter amicos amicitiæ indignam credunt: Sed quasi illa aurea prima ætate, permutatione liberali vtuntur, nec precij metas discutiunt, quo fit vt si ab Hispano quæras an amico equum, vel vestem vendiderit, id vt inhonestum neget. Vnde talem contractum innominatum appellarem, & ita loqui potest illa lex si. Item † hoc videtur habere rationem: nam videmus quòd ad emptionem necessarium & essentiale sit precium, *vt in §.1. Institut. de empti. & ven.* vbi emptio contrahitur, simul atque de precio conuenerit. *Item in §.item precium.* vbi precium constitui oportet: *& in §.precium. & §.quod autem. & in d.l.1.de cõtrahen. empt. & l.pacta conuenta su.all. & §.1. Insti. de locato & cõducto.* Si pecunia numerata est nõ necessariò precium, cum possit esse, quòd nõ detur

Amicitiæ veræ, vt & nobilitatis vestigia, in Hispania remansere.

Emptio apud Hispanos inter amicos, nõ satis honesta habetur.

18

detur pro precio, *vt supra dicebam.* Ergò non sequitur necessariò emptionem esse, & sic poteris excusare Celsum, ne contradicat Paulo *in d. l. naturalis. §. & si quidem: facit quod tenet Bar. in l. 3. §. idem erit. de con. ob. cau. infra in 1. col. in fi.* quòd etiam si detur pecunia numerata, pro aliqua re, si tamen non correspondeat precio, non præsumitur emptio, nisi expresse id agatur, sed erit contractus innominatus. Isto modo respondebam excellenti, atq; singularis ingenij viro, domino Petro Andreæ Gammaro, cum Bononiæ mihi disputanti argumentaretur: Ipse tamen (vt memini vidisse quendam eius tractatum rerum permutationis, quem eo tempore imprimendum dederat) tenuit, atq; tenet Celsum in contraria fuisse opinione, & dissensisse à Paulo, qui dicebat esse emptionem. Sed ego nec dissentire vellem à domino Petro Andreæ, cuius & singulare ingenium, & singularis mihi amicitia, nec fateri vellem iurisconsultos contrarios fuisse: nam hoc refugium nobis prohibitum est, in his, quæ inserta sunt in quinquaginta digestorum libris: cum Imperator sæpius *in l. 2. de vete. iure enuc.* doceat nihil alteri contrarium inseruisse, vnde Celsus & Paulus, an fuissent contrarij, satis dubito, sed teneas firmius primum intellectum, nec secundum asseueranter affirmarem.

Leges cõtrariæ in Pandectis non reperiuntur.

19 ¶ Ad dubitationem tamen Celsi attende, quare dixerit, quòd procliuior erat in illa opinione, non esse emptionem, sed contractum in no-

in nominatum: quia video, quod inter antiquos Iureconsultos fuit discordia magna, an, quando species pro specie permutabatur, esset emptio, & quòd esset emptio, tenebat Sabinus & Cassius, qui Sabino successit, *vt in l.2. in fine ff. de ori. iu.* Vnde vulgo dicebatur permutatione rerũ emptionem & venditionem cõtrahi, *vt refert tex. in §. item precium. Insti. de empt. & vendi. & in l. 1. post princip. de contrahen. empt.* Sed istorum Iurisconsultorum opinio fuit reprobata per alios, cum emptio distinguatur ab ipsa permutatione, eo quòd emptio requirit precium &c. vnde, quia diuersæ scholæ diuersa sentiebãt, *vt dicit tex. in d. §. item precium.* ideò dicebat Celsus, quod erat procliuior in illa opinione scilicet non esse emptionem, cum de precio non sit actum, sed de reddenda pecunia id est, specie vel genere ꝓ alia specie, vel genere: et ita fuit Paulus eiusdem opinionis, *vt patet in l. 1. de contrahen. empt.* & eandem opinionem contra Sabinum tenet ipsemet Paulus, *in d. §. naturalis. §. etsi quidem,* vbi ipse dicit, quòd non placet sibi, permutationem rerum emptionem esse scilicet quando species datur pro specie: et hoc est, quod dicebat Celsus, procliuiorem esse in illa opinione, contra Sabinum, & sic vides, quòd Paulus & Celsus non dissentiunt sed consentiunt, eandem opinionem refert text. *l. emptionem. C. de rerum permu.* in hæc verba, *emptionem rebus fieri non posse pridem placuit.* Hic erit forsan verus sensus. § Non ergò

Diuersæ scholæ iurisconsultorum, diuersa statuebant.

ergò obstat tex.*in d. l. naturalis. §. etsi quidem.* vbi si do pecuniam, vt des rem, emptio & vẽditio est: nam cum appellatio pecuniæ sit generalis, ita potest comprehendere numeratum, & precio cõstitutam, prout speciem quamlibet: Sed cum ibi dicat emptionem esse, voluit necessario præsupponere numeratam precio fuisse, quia essentiale est ad emptionem, & sic intellexit pecuniam precio constitutam. Sed in l.si.talis necessitas nõ habetur. Imò cum dicatur non esse emptionem, non debemus dicere fuisse precio constitutam. Ex his dicere possumus, superfluum esse intellectum Bald. qui dicebat pecunias in sacculo datas vt speciem, quasi pecuniæ non possint verificari nisi in nummorum significatione, quod est falsum vt vides.

Pecuniæ possunt verificari aliter quã in nummorum significatione.

20 ¶ Item non obstat tex.*in d.l.si stipulatus infra de vsuris.* ad quem text.dominus Iason dicebat, quòd si in venditione apponitur verbum *dare & tradere* reijcitur verbum *dare* tanquam naturæ emptionis cõtrarium. Nam dico, quòd ibi non ex ratione reijcitur, qua ipse credit, sed quia tale verbũ fuit positum in nouatione ipsius emptionis, vnde cum de natura simplicis emptionis, non teneatur necessariò transferre dominium, nec innouatione eius emptionis iam contractæ, creditur nouationem esse factam, nisi secundùm qualitates primi contractus & ita intelligit Bart. illum tex.*in l.si quis cum aliter in fine secundæ quæstionis. ff. de verb. ob.* Itaque ille text.non loquitur, quando in

Obiectio.

Digitized by Google

do in emptione promittitur dare & tradere, sed quando post emptionem cõtractam, nouatur talis emptio: si enim in nouatione promittitur dare & tradere, tamen de traditione stipulatum est: rationem assignat, quia non est verisimile, plus venditorem promisisse, quàm iudicio empti præstare compelleretur. Ita dicit text. vnde forsan dicere poteris, non esse verum id, quod dicitur per Bart. *ibi. & in dicta l. fin. & ibidem per Moder.* quod si in instrumento emptionis promisit tradere & dare, teneatur tantum tradere, & non dare. Quæ quidem conclusio passim est à doctoribus tradita. Sed non rectè probata, quia totum fundamentum stat *in l. fi. & in l. si stipulatus*, quæ iura non probant. Cum ergò talis conuentio comprehendat dominij translationem, quare non tenebitur venditor ad transferendum dominium quinimò, & videbitur dominium esse venditum, quod fieri potest *vt in l. si in area de præs. verb. infra.* Sed fatendum est, quòd si partes tantum rei emptionem vellent agere, & si addant verba *dare & tradere*, tantum compellerentur ad transferendum ius, quod venditur habet, *vt l. in conuentionalibus in fi. de verborum oblig.* Arguendo verò à ratione verborum & probationis, probatur obligatio dandi, & ideò ad dandum tenebitur.

Dare & tradere p̃mittens, an teneatur solum tradere.

¶ Stat tamen subtile dubium, qua causa venditor, si dominus sit, teneatur transferre dominiũ, cum de natura emptionis nõ sit trans- 21

ferre

ferre dominium Bal.*in d. l. fi.* dicebat, quòd etiamsi in obligatione nõ veniat dominij translatio, venit tamen in executione. Sed ego quęro, quare est, quòd veniat in executione, cum non veniat in obligatione: quia solutio non debet excedere metas obligationis, vt patet in eadem definitione obligationis, & indebitum soluitur quãdo non debetur, vnde competere potest repetitio, *vt l.1. & l.indebiti.de condi.inde.* Aduerte, quia subtile est, & à nullo hæc audiui, nescio si eadem à me rectè audias: Christus & in his, & in alijs patrocinabitur. Considero ergò, quod obligatio emptionis non versatur circa dominium transferẽdum, etiam si sit dominus, qui rem vendiderit. Sed causatur dominij translatio, à primis causis
22 præcedentibus, quòd ita euenit: Nam † cum dominium præcedente titulo habili, & traditione acquiratur, *vt l.nunquam.de acqui.rerum do. l.traditionibus.C.de pactis.* sequeretur, quòd si dominus ꝓpter emptionem tradiderit rem suam transferatur possessio & dominium, quia præcedit iustus titulus & habilis, & subsequitur traditio, hoc probatur *ex leg. nunquam*: vbi dicitur, quòd nunquam nuda traditio facit accipientem dominum, sed cum præcessit aliqua iusta causa, propter quam traditio sequatur, vt puta emptione. Ita dicebat lex illa, & quòd ista sit legum intentio videtur probari *ex l.ex empto.post princip.de act.empti.* vbi declaratur ad quid teneatur rem præstare hoc est, trade-

Digitized by Google

tradere. Sequitur & melius facit (quæ res si quidem dominus fuit ipse venditor, facit & emptorem dominum) pondera verba text. quòd tàm dominus, quàm non dominus tenetur tradere: Sed ista traditio facit accipientem dominum, vt ibidem videt. Idem probatur ex Paulo iureconsulto *in l. clauibus. de contraben. empti.* vbi clauibus traditis apud horrea, statim possessio rerum in eis conditarum tradita videtur: sequuntur verba, quæ faciunt (*quo facto cõfestim dominium & possessio in emptorem transferuntur*) Itaq; præcedēte emptione, facto ipso idest traditione natura ipsius transfertur dominium *facit lex in ciuile. C. de rei vendi.* Vbi dicitur, quòd dominium tradendo rem venditam transtulisti. *Facit singularis lex in conuentionalibus in fi. de verborum ob.* vbi, quando aliquis iure tenetur ad tradendum, in ista traditione, venit omnis causa bonorum, quæ est apud tradentem, vt puta si tradens sit dominus, quod transferat dominium, si non sit dominus vsucapiendi conditionem, & ita ibidem Bart. exemplificat in emptione. Sed ego dubito, quia text. ille dicit, quòd in promissione est causa bonorum: cum dicat, quod stipulatio rem tradens, contineat causam bonorũ: ergò in obligatione venit translatio dominij. Fateor quòd veniat translatio dominij, sed venit causatiuè, non natura obligationis, *vt in d. l. ex empto post principium.* Singulare.

¶ Finaliter nota casum singularem, per 23

 quem

quem nostra intentio corroboratur, quòd si in emptione agatur de dominio non transferendo, nõ erit emptio, *ita est tex. singularis l. cum manu sata. in fine. de contrahen. empt. infra.* Non ergò credendum est, quòd translatio dominij adeò sit infesta, quòd ideò, quia de eo agitur non possit esse emptio, cum verum sit, quòd si agatur de non transferendo, non possit esse emptio. Item hoc saltem erit verum, quòd si promittitur de re danda & tradenda, erit emptio, & tenebitur ttansferre dominium *per superiora, maximè per legem naturalis. §. etsi quidem.* remanet ergò vera noua, & singularis conclusio, quæ elicitur ex gloss. nostra quod emptio est species do vt des, & cum de re danda agitur, erit emptio.

Singularis casus.

Singulare.

24 ¶ Secundò nota ex gloss. quòd permutatio dicitur ab vtraque parte tradita re, nec sufficit, quòd vnus tradat, nisi & alius tradiderit, quia per traditionem vnius, non erit permutatio, quòd ita ex glo. probatur: nam ex permutatione, vterq; dicitur permutator, *vt gloss. dicit per l. eod. tit.* Sed si ego dedi certam rem vt aliam dares, non permutaui antequam dares, nam rem, quam dedi, non possum dicere permutasse, quia aliam adhuc non habeo, ex qua dicere possum permutasse, nec quam recepturus sum, possum dicere permutasse, quia eam nõ habeo. Itaq; cum verbum istud permutare sit executiuum, & æquè vtraq; pars denominetur ab eo, vtraq; debet exequi æqualiter, & ante

ante non erit permutatio, sed placitum de permutando. Hæc tamen conclusio nimis periculosa mihi videtur: Primò quia omnes doctores aliter intelligunt: Secundò quia iura satis videntur obstare, ¶ Et primò obstat *lex. 1. §. item empt. eod. tit.* vbi permutatio ex re, ab vna parte tradita, initium præbet obligationi, & sic permutationem appellat traditionem tantùm ab vna parte factam. ¶ Secundò obstat *lex naturalis §. etsi quidem de pres. ver.* vbi si do rem vt rem accipiam est permutatio, & tamen verum est, quòd nondum rem accepi, præsertim cum ibi constet, permutationem esse speciem do vt des. ¶ Tertiò obstat *lex 1. de contrahen. empti.* vbi si ego togam dedi, vt tunicam acciperem dicitur permutatio. Constat ergò, quòd permutatio constat à traditione vnius rei permutandæ. ¶ Sed his non obstantibus, sępè dubitaui in isto cōtractu, quia (vt supra dicebam) permutatio est nomen significans executionē, id est cōmutationem *vt in c. 1. & secundo & tertio & quarto, & per totum titulum de rerum permutat.* Vnde non est dicendum, vnam solam rem esse cōmutatam, quia ad huius verificationem vltrò citròq; commutatio requiritur, & (vt supra dicebam) vterq; dicitur permutator æqualiter: sed in executione non essent æquales, cum ab executione vterque dicatur *Paragrapho item precium. Institut. de empti. & vendi. & l. prima supra alleg. de contrahen. empt. & l. prima eod. titu. de rerum permu.* Vnde dicendum

Cōmunis opinio.

Obiectiones tres.

25 Permutatio nomen significans executionem.

est,

Cõmunis opinio.

est, non esse permutationem. ¶ Item hoc videtur probari tali ratione: aut enim do vt des, incipit à conuentione tantum, & tunc non est permutatio, vt omnes tenent *per legem ex placito C. eo.* aut incipit ab executione, & tunc, si dedi vt des, sola est conuentio vt des, quod dedi verò est causa ad ipsam conuentionem: *ita est tex. in ista l. nostra. in versi. sed in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa vt puta dedi vt des &c.* Ista ergò conuentio vt des, non est permutatio, quia non habet executionem. Sed si dicas, quòd si do, etiam in datione est conuentio: fateor tamen dare per se non est permutare, nec illa conuentio vt des, facit quòd sit permutatio, quia illa est conuentio, quæ stat in solo consensu, & illa non facit permutationē, & sic vides, quòd non sit permutatio, vbi ab vtroq; permutatum nō est. ¶ Quartò videtur vigere talis ratio, certum est, quòd permutatio habet speciem conuentionis, qa conuentio est genus generalissimum *vt Bart. hic docet.* Sed hîc iureconsultus docet contractus, qui à nomine cōuentionis transeunt ad aliud specialius nomen, quàm sit conuentio: ergò docere debet permutationem: sed cum loquimur de do vt des, dicit quòd talis cōuentio stat in nomine conuentionis tantùm: ergò talis conuentio non est permutatio, nam falsum est, quòd permutatio stet in nomine cōuentionis, quia specialius nomen habet, quàm ipsa conuentio: at iste contractus, do vt des, stat

ftat in solo conuentionis nomine, quod poteris videre, quia ipsam conuentionem narrando] factum significamus dicentes, do vt des, & sic caret nomine, quod rectè probat *tex. noster in ver. sed etsi in alium*: nec respondere poteris, quòd hîc loquitur text. quando do vt des incipit à conuentione, nam si rectè inspicias, tunc loquitur quando ab executione incipit, vt ibi vt puta, dedi tibi rem, vt mihi aliam des, nec dicere poteris, quòd do vt des, est generalius quàm ipsa permutatio, nam hoc falsum est in terminis text. nostri quia dum nõ est emptio, semper esset permutatio, secundũ quod intelligunt doctores, etsi hoc sit contra eos: Inferius enim ostendam, permutationem constare etiam de genere ad genus.

¶ Quintò probatur, quia do vt des est contractus innominatus siue demus rem in specie, siue in genere, quia in hoc nihil interest: Ergò sequitur quòd si do rem vt des speciem, nõ potest esse, quòd sit permutatio, quia probabo inferius permutationem esse contractũ nominetum. ¶ Sextò probatur ex intentione legis ex placito C. de rerum permutatione, vbi ex placito permutationis oritur actio, & non ex permutatione. Sed si dicas, quòd text. ille loquitur quando post pactum ex interuallo res secuta est, & non quando in continenti, hoc est fingere, imò contra veritatem forsan fingeretur.

¶ Septimò pono casum, quod ego feci pa-

ctum de dando vt dares, postea dedi vt dares certè orietur actio etiam ex conuentione illa, nam dedi & accepisti, quia accepisti vt dares, siue id dicatur esse tacitũ, siue expressum quia est pactum cum causa *vt in l. nostra*: Sed secundùm doctores est permutatio, secundùm tex. *in l. ex placito.* erit permutationis placitum, & non permutatio, quod doctores ibidem fatentur: Sed si dicas, quod ex priori placito datur, si intelligis, quòd ex priori datur, considerare debes, quòd datur, quia pactum continuatur vsq; ad dationem, & in ipsa datione efficitur permutatio: sed tex. hoc negat, quòd efficiatur permutatio. ¶ Octauò hoc probatur *ex l. 3. C. eo.* vbi permutatio re ipsa exemplo emptionis, est bonæfidei. Nota, quòd prout exemptio constat consensu duorum, ita realiter debet interuenire in permutatione actus duorum.

¶ Nonò facit tex. *in l. cum precibus, & l. quoniam l. emptionem C. eo. tit.* vbi quando datur vt des, semper illa iura notant, & ponderant talem contractum, in vim placiti tantum, & dicunt placita esse seruanda, nec ponderant permutationem: ex quo coniecturatè datur intelligi, permutationem non stare vbi ab vtroq; permutatum non est. Sed si dixeris, quòd probatur per titulum esse permutationem, quia in illo titulo tractatur de permutatione, dico quòd tractatur in quantùm agitur ad permutationem, non tamen in permutatione, & hu-

Digitized by Google

& huius rationem inferius ostendam in illatione. ¶ Decimò facit text. *in l. fi. de con. ob causam infra*: vbi cum datur res pro re non dicitur permutationem esse, sed est contractus ob rem dati, re non secuta, nam si permutatio fuisset, non esset contractus ob rem dati re non secuta, quia re data, & re non re secuta, non est permutatio, quòd confirmatur coniecturatè *per Rubricas Codicis & digestorũ decretalium Sexti & Clementinarum*, quæ semper sonant de rerum permutatione, quasi duas res permutari sit necesse nec mutata vna censeatur permutatio, donec alia mutetur, vt patet *per sex capitula decretalium, cum cæteris similibus. Item facit Hostiensis definitio. & Azonis in Rub. C. eo.* vbi definiuit permutationem in hæc verba: *permutatio est de specie ad speciem hinc inde facta præstatio.* Vnde ex his coniecturis dubia mens ad partes versatur.

Permutationis definitio.

¶ Sed si hanc finalem opinionem tenere velis, poteris ad illa tria iura respondere. Primò non obstat text. *l. 1. de rerum permu.* quia ibi permutatio ex re tradita, initium obligationi præbet, dic quòd permutatio est in fieri, & nõ in esse, & ideò est, quòd potest agi conditione ob causam, quasi causa non secuta, *vt text. dicit in fine*: quia si alter nolit tradere non est secuta permutatio.

¶ Vnde est quòd dicit noster text. quòd in tali conuentione permutationis, si ab altera parte res detur, pactum habet cau-

causam scilicet ipsam dationem, & ideò ex pacto nascitur actio, *vt in l. nostra*: quia pactum habet vestimentum causæ, & hoc est quòd dicit lex 1. *quod initium obligationi prabet ex re tradita.* ¶ Non obstat *lex naturalis. §. etsi quidem.* quia etiam ille text. loquitur de permutatione in quantum dando rem, vt mihi aliam des, agimus de permutando, & non de emendo. Cum enim res detur pro re, non placet permutationem rerum emptionem esse, quasi dicat in rebus extare permutationem, & nota quòd dicit *rerum*, quasi permutatio sit rerum, emptio verò rei. Vnde cum permutatio habeat nomen ad executionem, & debeat esse rerum, necesse est res vtraq; sit tradita. ¶ Eodem modo poterit responderi *ad l. 1. de contrahen. empt.* quòd permutatio appellatur eò; quòd est in fieri: nam si in facto esset, tunc necesse est, quòd vtraque sit tradita, vt in pœn. ff. veteris, in fine, ibi qualem apud Homerum patrem omnis virtutis, Glaucus & Diomedes inter se faciunt permutationem, dissimilia permutantes. ¶ Vnde tenendo hanc opi. primo poteris inferre, permutatio, prout habet nomen permutationis, non est species istius cõtractus do vt des, etsi glo. nostra teneat cõtrarium, benè

Permutatio rerum non est emptio.

26 verum est, quòd prout est in fieri, cum agitur de permutando erit species, & ita intellige *l. naturalis. §. etsi quidem.* Sed † & circa hoc & circa glo. nostram dubito, an semper cum est contractus, do vt des, agatur de permutando? respon-

Parmutatio sit ne species cõtractus do vt des.

Digitized by Google

respondeo secundùm glo. *in l.1.in infra,de rerum permutatione* quòd permutatio non potest cõsistere de genere ad genus, nec de re certa ad incertam,nec de genere, ad speciem , nec de incerta ad incertam. Necesse ergò erit, quòd permutatio fiat de re certa ad rem certam , ita quòd ista res sit certa in specie , aliàs si sit certa in genere,non sufficit, vt puta do tibi 10. corbes frumenti pro 10. corbibus vini: & ita Bar. & omnes quos ego viderim *in l.2. in princ. ff. si cer.pet. & glo. paßim & per omnes approbata in l. 1. & in l.1. & in l. quoniam asseueras* C. *de re.permu.* Cõmunis opinio. ¶Ego 27 verò in his, quæ ratione non differunt, sæpè dubito,an differant: ideò credo, quòd ita de re incerta ad incertam potest fieri permutatio, sicut de certa ad certam,vt infra dicam, & ita de genere ad genus, prout de specie ad speciem quod videtur primò probari *per. tex. in.l. de contrahen. empt.* qui tàm in verbis, quàm etiam ratione intelligit generis & speciei permutationes: nam dicitur ibi, quòd olim permutatione vtebantur homines, & vnus quisq; secundùm necessitatem temporum atque rerum, vtilibus inutilia permutabat, quemadmodum plerumque euenit, vt quod alteri super est, alteri desit, ita dicebat Paulus Iurecõsultus. Sed ego quæro, an ista ratio permutationis habeat locum, ita in his quæ consistũt in specie,& pono exemplum in vino, frumento, oleo &c. *vt l.2. si cer.pet. & §.1.insti. quib. mod. re con. obl.* & certè ad vitam hominis,huius rei

commercium habet eandem vtilitatis rationem, aut maiorem. ¶ Item facit tex. post principium, quòd postea propter difficultatem permutationis, (quia non facilè concurrebat desiderium & vtilitas permutantium) inuenta fuit pecunia numerata, & successerunt emptiones. Sed doct. fatentur, & manifestum est, quòd ea, quæ cõsistunt in genere, & adhuc incerta, possunt vendi, *vt per totum tit. de hære. vel act. ven.* ergò eadem possunt permutari, quia eadem quæ permutari possunt, eadẽ emi possunt, & contra secundùm Pauli intentionem ibidem, origo enim emptionis & venditionis à permutationibus cœpit. ¶ Item hoc probatur tali ratione, nam quantitas est genus, *l. incendium. C. si cer. pet.* Sed quantitas pro quantitate permutari potest, *vt in l. 1. post principium de rerum permu. infra.* vbi precium vtriusque fieri oportet, id est quantitas vtriusque fieri oportet.

28 ¶ Quartò considera talem rationem, quòd in emptione, ideò precij dominium transferri necesse est, quia precium est quantitas, & quãtitas est genus: at genus sui natura habet hanc necessitatem, vt debitor teneatur dominium transferre. Hanc rationem sentit Bartolus *in l. 2. in prin. in vlt. verbis si cer. pe.* & declarant satis latè Moder. *in §. sic itaque inst. de act.* cum ergò de natura generis sit transferri dominium, *vt l. si sterilis. §. cum per venditorem de contrahen. emptio.* & de natura permutationis est, quòd transferatur dominium ex vtraq; parte, rectè potest dici,

Digitized by Google

dici, quòd magis conueniat permutationi cõmerciũ generis, quàm speciei, præsertim arg. eorũ quæ tradũt doctores *in l. si. de con ob causam.* ¶ Quintò facit *lex penul. C. de rerum permu.* vbi a- 20 gitur de permutatione, secundùm titu. tamẽ, erat conuentio de genere ad genus ¶ Sextò facit *prædicta l. naturalis. §. et si quidẽ.* Vbi istud genus contractus, do vt des, duas habet species empt. scilicet & permutationẽ, intelligo quãdo agitur de permutando, vt supra. Vnde cum non habeat plures species, necesse est, quòd in his verificetur. Sequitur ergò quòd vbicunq; non est emptio, si agitur de dando vt des, ibi agitur de permutandó *arg. §. 1. Insti. de iure perso. l. summa supra de statu hominum.* Vides ergò quòd ex mente tex. illius, vbicunq; in do vt des, non est precium rei, sed res pro re traditur, erit permutatio, nec ille text. patitur restrictionem. ¶ Septimò facit text. quem euitare non possunt, & miror nostros maiores eum non aduertisse, *in dicta l. 1. de contra. empt. in illis verbis relatis ab Homero, qui suis versibus referebat, exercitum græcorum ære, ferro hominibusque vinum permutasse* : & ita contra Sabinum & sequaces tenent Iurisconsulti eam esse permutationem *vt ibi & §. item precium, Insti. de empt. & vend. & l. emptionẽ. C. de rerum permu.* Cum ergò ferrũ, & vinum in pondere, & numero consistant, & ideò dicuntur functionem habere in genere *vt in princ. Institut. quibus modis re con. oblig. & lege 2. §. mutui. si certum pet. & lege 1. §. mutus de obligat. & actionib.*

sequi-

ſequitur contra doctores, quod genus pro genere rectè permutatur, nec quis ita facile reſpondeat, quòd ibi loquitur de permutatione in genere, cum ibi cōſtet quod loquantur Iurecōſulti de permutatione, tanquā de cōtract. ſpecifico, concludunt enim non eſſe permutationem empt. ſed diſtinctam ab emptione. Vnde ex proprio verę ſignificationis auctore Homero, & ex iuriſconſultis planè concluditur, in his generibus ſtare permutationem, quicquid Barto. & cæteri omnes dicant. Facit vltimò gloſſa Accurſij in fine, præfationis. ff. veteris, vbi Iuſtinianus refert ex Homero permutationem Diomedis & Glauci, qui inter ſe diſſimilia permutabant. Accurſius tamen ex hiſtoria vera & ignota falſam fingit, cum dicat Diomedem equos pro vino cum Glauco permutaſſe: itaq; ſecundùm intellectum Accurſij vinū pro equo permutari dicitur, quod ipſe videtur negaſſe in *dicta lege 1. & 2. Codice de rerum permuta. & alibi.* cum dixiſſet ſpeciem pro ſpecie tantum permutari, non genus pro genere, aut genus pro ſpecie. Sed etſi in hoc cōtra ſe ipſum eidem credideris, in hiſtoria tamen verè ſomniat, & quod prius eſt Imperatorem multum à remotis comparaſſe dicebat:

30 Teneas † ergo, quòd in obſidione Troiana Diomedes Glaucum congreſſus, ab eo quæſiuit, quis nam eſſet, & quibus parentibus ortus, qui ex reſponſione certior factus, magnā inuenit amicitiæ cauſam, ex qua à pugna ceſſauit,

Gloſſa aliquando ſomniat.

uit, imò in pignus amoris arma commutauit cum ipso. Fuerunt autem Glauci arma aurea, æstimata centum bobus, Diomedis ærea nouem bobus etiam æstimata: etsi hoc est quòd Imperator dicebat, dissimilia permutasse: hãc historiam inuenies tactam per Philosophum lib. *quinto ethicorum, cum differit de iustitia & iure,* & apud Plinium *lib. trigesimotertio,* sed huius annotationis ipse non sum auctor, sed fuit noster Antonius Nebrissensis vir latinis literis, præsertim in oratione nostræ tempestatis dignissimus, qui in quodam iuris vocabulario quod edidit, hæc inseruit. Habes ergò ex superioribus, quòd ea quæ in quantitate constãt permutari possunt, vnde vinum, oleum, frumẽtum, & his similia permutabilia erunt. ¶ Ex quibus primò infero, quòd do vt des, non differt à permutatione, in quantum permutatio est in fieri, imò vbicunque iste contractus do vt des, non est emptio, semper erit permutatio. ¶ Vnde inferas conclusionem singularem quòd siue detur genus pro genere, siue genus pro specie erit contractus bonæ fidei, contra glo. & doctores *in § actionum. insti. de act. in glo. ex permutatione: Et vide super eam Ang. Io. Fabrum & Iaso.* qui tex. illum & l. 2. Codice de rerum permuta. intelligebãt, cum datur certa, species ꝑ certa, aliàs quòd non esset permutatio, ideò actio præs. verbis non erat bonæfidei, tamen falsò id præsupponunt, cùm verum sit esse bonæfidei, *vt supra.* Vnde etiam destruitur vtilitas, Singulare.

quam

ratio, quia cum permutatio ipsa sit bonæ fidei *vt l. 2. C. eo.* actio quæ ad eius perfectionem oritur, etiam erit bonæ fidei. Benè verum est, quod etiam erit bonæ fidei, quãdo forsan ex permutatione iam facta oriretur, *vt l. 2. ff. de rerum permutatione.* Et hæc teneas, quæ veriora sunt (vt opinor) etsi disputatiõis causa, multa ad quãlibet partem ego tenuerim. ¶ Item ex his resolues somnium domini Iasonis *in d. l. 2. in 3. col. si cert. peta.* vbi ipse quærit de ratione, quare res certa pro certa, & species pro specie tantum permutaretur, & non genus pro genere: respondet quòd permutare est compositum à per & mutare, sed dictio per, denotat perfectionem *l. vrbana. §. pernoctare. de verbor. signi.* Ad hoc ergò, vt si permutatio, requiritur quòd sit perfecta mutatio, sed ad hoc, vt sit perfecta mutatio, requiritur vt species pro specie, & res certa mutetur: ergò &c. & dicit dominus Iason hanc esse suam rationem, nec ab aliquo vidisse traditam, & quòd Iureconsultus non dedisset aliam.

Iasoni somnium.

¶ Certè credo, quòd Iureconsultus de dicto & de ratione nimium dissentiret, quia cum falsum sit dictum, eius ratio non potest esse vera. Fateor tamen quod permutatio perfectam rem significat, *vt supra dicebam*, id est, quòd ab vtraque parte mutatum sit. Et hoc modo intelligendo, semper erit permutatio in rebus certis, ratio, quia etiamsi res consistant in genere, tamen cum ab vtraque parte sint

sint traditæ, efficiuntur certæ. Vnde verum erit dicere, quòd semper in permutatione sunt res certæ, quia antequam certificentur non est permutatio.

Not. ad hanc materiam quòd permutatio diuersorum beneficiorũ extra diocesin fit authoritate vtriusq; episcopi. *Iar. in clemen. s. de rerum permuta.*

Ex his etiam cognosces veritatem text. *in c. cum olim & c. cum vniuersorum extra, de rerum permu.* dicit enim text. *in c. cum olim.* quòd permutantes inuicem beneficia ipso iure priuantur. Sed in c. cum vniuersorũ dicitur, quòd quidã tractatum fecerunt permutationis, & vnus ex eis renunciauit beneficio, & illud beneficium fuit traditum cuidam consanguineo alterius permutantis: qui cum vidisset beneficium resignatum nepoti suo, noluit suum beneficiũ resignare: itaque alter remansit deceptus: dicit Romanus pontifex, quòd, vt simplicitati venia tribuatur, eidem restituendum erit beneficium, & auferendum à quolibet detentatore. Dicunt igitur Inno. Ioan. & Abb. *vt ipse refert in d. c. cum vniuersorum, quasi ad fin.* quòd text. ille continet gratiam, quia de stricto iure debuisset priuari beneficio, *per c. cum olim & c. quæsitum eo. tit.* Alij verò dicebant, quòd ibi sumus extra casum c. cum olim, quia permutatio non poterat dici ex parte vnius tantum, & sic dici poterat quòd tex. continet ius, cum vnus tantùm resignasset, & ex parte vnius tantùm non sit permutatio, vnde nec habet locũ pœna imposita permutantibus, maximè per ea, quæ superius probaui. Abb. tamen & cæteri hoc repræhendunt, quia iste qui resignauit

Digitized by Google

uit commisit delictum Simoniæ & ambitionis in resignatione, vt conferatur beneficium cõsanguineo alterius. Item consensus permutationis, productus ad actũ resignationis, eum condemnabat. Vnde Abb. intelligit, quòd iste incurrit pœnam capituli cum olim. Hæc sunt, quæ ad nostrũ propositum in illis iuribus traduntur, à quo non discedendo, nec dominus Abb. nec cæteri videntur hæc clarè docuisse. † Nota ergò, quòd pœna permutationis be- 34
neficiorum est duplex: quædam est quam permutantes ipsi assumunt scilicet cum permutant beneficia propria auctoritate, vnusquisque eorum est priuatus beneficio, quòd prius habebat, quia eidem renunciauit, & se ipsum priuauit. Item non potest habere beneficium alterius, quia sua auctoritate, sine ecclesiastica institutione, nullus potest beneficium habere, *vt in regula id est, de reg. de iur. lib. 6.* Alia est, quando permutatio fit coram superiore, præcedentibus tamen pactis & conditionibus inter se positis, & ista pacta & conditiones reddunt permutationem Simoniacam, nec auctoritas superioris sufficit, vt permutatio valeat, propter vinculũ præcedens, & tunc priuatur vnusquisque beneficio, quòd consecutus fuit per permutationem, quia illud Simoniacè consequitur, & ita tàm in vno modo, quàm in alio poteris intelligere tex. *in d. c. cum olim*, prout etiam ipse Abb. & cæteri intelligũt. Vnde si rectè hæc intuearis, pœna quæ poni-

tur in c. cum olim non est priuatio beneficij resignati, quia cum quilibet permutator resignauerit, se ipsum priuauit: pœna ergo stat in hoc, quod beneficio causa permutationis cõsecuto, permutatores spoliantur. Ratio quia retinent beneficia, aut sine titulo, aut si cum titulo, Simoniacè. Vnde non possunt ea beneficia habere, & ita, si consideraueris text. in c. cum olim sententia fuit lata, vt spoliarẽtur beneficijs consecutus, non autem à resignatis vnde tu spoliaris meo olim beneficio, quod per permutationem habuisti, & ego spolior tuo. Hæc est pœna c. cum olim. Constat ergò, quòd pœna, imposita permutantibus, nõ habet locum in c. d. c. cum vniuersorum. Ratio quia ille, cui venia subuenitur, non fuit consecutus beneficium: non ergo potuit spoliari eo, ex quo cõstat, quòd in hoc ei nõ parcitur: ¶ Patet ex his quòd peccant doctores, qui credunt pœnam positam in c. cum olim incurrisse illum de quo loquitur text in c. cum vniuersorum. ¶ Item non minus peccant qui dicunt, cum pœnam non incurrisse, & quod de mero iure erat restituẽdus, nam cum se ipsum illicitè resignando priuauerit, non debet vlterius habere beneficium *vt in c. quod in dubijs. de renu.* perdidit enim totũ iusˢ quod habet. Vnde etsi ecclesia possit eum petere, non tamen ipse potest petere ecclesiam, *vt not. in d. c. quod in dubiis.* Sed quia ipse circũuentus fuerat, simplicitati venia tribuitur ne melioris sit conditionis

Priuatio præsupponit habitum.

Decipiens non debet esse melioris conditionis quàm deceptus.

ditionis decipiens quàm deceptus, quia decipiens, cum non resignasset, nihil perdidit: nec deceptus, qui meliori fide resignauit, perdere debuit. Hæc est veritas tex. illius quam hodie enucleatam vides. & eam credo sensisse gloss. *in verbo simplicitati in fi.* Hæc ea sumpta occasione retuli, quia permu. constat ex vtraq; parte, & necesse est, vt vtraq; res sit tradita, vt permutatio dicatur. Et ideò est, quia pœna c. cum olim cum sit posita permuta. necessariò requiritur vt perfecta sit. Alia dicerem in ista materia, ea timore omitto, ne, vt impertinentia ad nostram materiam, repellantur.

¶ Item ex gloss. nota, quòd permutatio est contractus innominatus, & hoc ab omnibus comprobatur, quia tamen de hoc dubito, faciam argumenta ex quibus videtur constare talis opinio. Primò facit, quia ex permutatione datur actio præs. verbis *vt §. actionum: Instit. de act. l. 1. post medium. de rerum permuta. l. naturalis. §. etsi quidem, de præs. verbis.* Sed actio præs. verbis non datur ex contractibus nominatis, sed ex innominatis *vt l. 1. & 2. & 3. de præs. verbis infra*: ergò permutatio est cōtract. innominatus. ¶ Secūdò fortiter facit lex nostra *in ver. Sed in alium.* Vbi si do rem vt des rem est permutatio, & tamen tex. dicit, q̄ non transit talis cōtractus in aliud nomen, vnde iudicat innominatum, & sic vides tex. expressum, quòd permut. sit cōtract. innominatus. Sed si respōdeas 35

35 Cōmunis opinio. Adde istud esse verum in quo habet locum euictio. *text. in l. si permutationis 2. ibi Bald. C. de euict.* notant doct. *in l. 1. ff. de rerum per mu. 2.* quare non dicatur contractus nominatus. *Vide Bart. hic in l. 2. C. de rerum permu. 2. in rubric. C. eodem.*

 quòd

quòd text. iste loquitur, quando do genus vt des genus, hoc est fingere & destruere eum, maximè quòd (vt supra ostendebam) etiam de genere sit permutatio.

¶ Tertiò facit ratio, quam hîc tradidit Bar. & omnes *in Rubri. de rerum permu. C. vbi glo.* habere enim nomen generis subalterni vel generalissimi, non facit rem nominatam, sed vt aliqua res nominata dicatur, necesse est, quod habeat nomen specificum, ex quo ab alijs distinguatur *vt l. 1. & 2. de praes. ver.* sed permutatio habet nomen generis & confusum, vt *l. ita constante de iure do infra.* vbicunque enim hinc inde aliquid percipitur, dicitur permutatio: vnde emptio comprehenditur sub permutatione *l. 1. de contrahē. empt.* ideò permutatio, cum non sit nomen propriæ speciei, non dicitur contractus nominatus.

36 ¶ Quartò facit, eadem ratio, quæ est in trāsactione, eadem est in permutatione. Sed in transactione † verum est, quòd transactio nō est nominatus contractus, ratio, quia transactionis nomen generale est, accipitur enim pro qualibet liberatione, vt *l. 1. §. conuentionis su. eo. l. 2. infra de iure*: ergò idem in permutatione cum eadem sit causa. ¶ Quintò facit text. in nostra lege ibi *sed transeunt in proprium nomen.* Ex quo colligitur ideò dici contractus nominatos, quia propria habent nomina. Sed non probabitur, quòd permutatio habeat proprium nomen, cum nomen permutationis sit com-

Digitized by Google

commune: ergò non est nominatus. ¶ Sextò facit tex. *l. 1. de rerum permu. §. item emptio. infra.* vbi text. facit differentiam inter emptionem & permutationem, & in hoc eam ostendit, quòd emptio habet nomen proprium, permutatio verò non: & ideò dicebat Io. quòd si permutatio habuisset nomen proprium, consensu perficeretur, & ex solo consensu habuisset actionem, *per text. in d. §. item emptio.* sed cum sit innominatus, rei interuentu oritur actio *vt l. ex placito. C. de rerum permu. & patet per tex. nostrum.* Hanc rationem fortificat Baldus *hîc in 2. col. post me.* quia omnes contractus nominati assumunt formam & speciem quatuor modis scilicet re, verbis literis, & consensu, *vt insti. de oblig. in §. fi.* Sed permutatio, stans in finibus conuentionis, non habet formam aliquã ex his, nec comprehenditur in istis speciebus: ergò erit contractus innominatus. ¶ Septimò facit ratio, quam edidit Bal. *vbi su. & eam dicit assumpsisse ex tex. legum: l. 1. de rerum permut. infra & ex l. 1. de contrahen. empt.* nam in contractibus innominatis nomina contrahẽtium sunt distincta. Vnde in emptione & venditione vnus dicitur emptor, alius venditor: in mandato, alius mandator alter mandatarius: in pignore alter creditor, alius debitor. Et sic distinguitur penes ista nomina appellatiua, vt *notatur in l. consensu. de obligatio. & actionibus*: at in permutatione non cadit distinctio nominis contrahentium, vterque enim dicitur permu-

tator, ideò non erit contractus nominatus, ita dicit Bald. Hæc sunt, quæ pro ista parte adducuntur, quorum veriorem iuris interpretationem in responsionibus videbimus.

37 ¶ Sed his non obstantibus poterit sustineri, quod permutatio sit contractus nominatus ad quam opinionem est primò text. in §. *item precium. instit. de empt. & vendi.* ibi *permutationem propriam esse speciem contractus.* a Si enim propria est species contractus, sequitur esse contractum nominatum, quia propriam habentes speciem, dicuntur nominati, vt omnes doctores *in l. legitima supra eodem in principio glossa*, vbi dicunt emphitheusim propriam habere speciem, & ideò esse contractum nominatum *vt §. adeò. Instit. de loc. l. 1. C. de iure emphi.*

38 ¶ Secundò facit, nam cognito, quare dicantur contractus nominati, cognoscemus an permutatio sit nominatus, & ratio quam ego colligo à Iureconsulto est, quia à generali conuentionis nomine, se transferũt in aliud specialius nomen. Hoc est ex mente Vlpiani *tam in l. 1. §. fi. supra eo. quàm in l. nostram in princ.* dicit enim, quòd à nomine conuentionis in proprium nomen transeunt: itaque quando nomen est proprius, & specialius quã nomẽ cõuentionis, dicuntur nominati: innominati enim dicũtur secundùm Vlpianũ, quando habet nomẽ generale conuentionis. Sed videamus, an per-

a Quod in §. Diuersæ Institu. de emp. & vend. dicatur emptionem propriam esse speciem, non ideò dicitur, vt ostẽdatur contractũ permutationis nominatum aut innominatum esse cõtractũ, de eo Iustinianus non loquitur, sed hoc vult innuere, quod permutatio sit specialis & separatus à venditione cõtractus, cum ea de re apud veteres esset dubitatio, hanc dubitationem Iustinianus Imperator vide §. diuersæ sustulit.

mutatio

mutatio est specialius nomē, quàm conuētio: certū est quòd sit, quia non omnis consensus est permutatio: ergò sequitur nō esse contractum innominatum, quia iam est specialior quàm ipsa conuentio: ponderationi autem in verbo *proprium nomen*, ego respondebo, vt si dixeris, quòd secundùm hoc sequeretur transactionem esse contractum nominatum, quod est falsum: dico quòd verum esse potest vt infra. ¶ Tertiò facit, quod permutatio sit adhuc specialis contractus specie specialissima, quia species conuentionis est iste contractus do vt des, qui contract. genus potest appellari, ordine ad inferiora *vt in l. si cond. ob cau. infr. §. praeterea. Insti. de locato.* Sed iste contractus do vt des, qui est species conuentionis, continet sub se, istas duas species empt. scilicet & permutationem, *vt l. naturalis. §. et si quidem infra de praescr. ver.* Ergò est æquè specialis contract. permutatio, sicut emptio, quia sub eodem genere, vt species eius, sunt supposita: vnde etiā patet quòd, prout emptio propriam habet speciem, ita & permutatio, ergò idē in nomine. Nec obstat ꝙ hoc nomen permutatio competere potest cæteris contract. vt infra ostendam. ¶ Quartò facit quòd manifestè videmus permutationē adeò gentibus necessariam, vt omnes ea frequentius vterentur, quàm alio contractu *vt l. 1. in prin. de contrahē. emp.* Item videmus quòd nomina propria, vel verius appellatiua sunt posita distinctius in rebus magis vsitatis, vt ipsa Experientia notitiæ magistra.

experientia docet, quæ est veræ notitiæ magistra *c. quàm sit periculosum de elect. lib. 6. & not. in l. si quis in fundi vocabulo §. 1. d. leg 1.* ergò debemus dicere in permutatione non deesse nomen, præsertim, cum contrarium non rectè probetur. Item hoc roboratur, quia doctores fatentur contractibus magis vsitatis nomina esse apposita. ¶ Quintò facit tex. *l. 1. de rerum permu. infra*: vbi ponuntur aliquæ differentiæ essentiales inter emptionem & permutationē. Vnde notatur distinctam esse speciem, nam inter genus & speciem non cōstituuntur differentiæ essentiales, sed inter speciē & speciē *vt Bart. in l. 1. de acqu. poss. vbi latè*: ergò est specialis cōtract. & hac de causa, & ista ratione appellat, supra dictus, §. & item preciū, proprium & specialem contractum. ¶ Sextò facit tex. *l. 1. de rerum permu.* qui fortiter stringit, si ita consideres: ibi enim video, quòd disputatio fuit inter Sabinum & alios, an esset emptio vel permutatio, & ex Homeri versibus cōdemnatur Sabinus & concludit permutationem esse. Itaq; secundùm rei veritatem & vocabuli significationē, permutatio distinguitur ab emptione. Testis est Homerus, *vt patet in d. l. 1. & in d. §. item precium*: quinimò id ponderes, quòd non dubitabatur inter Iureconsultos, an emptio esset species permutationis, sed an permutatio esset species emptionis, nam vulgo dicebatur permutatione rerum em onem & venditionem contrahi. Et in hac opinione fuit Sabinus

Differētiæ essentiales non constituuntur inter Genus & speciem.

39

binus & Cassius, qui dicebāt permutationem, speciem emptionis & venditionis esse vetustissimam, quorum opinio reprobatur ea ratione, quod species sint diuersæ, non eò quòd permutatio sit genus emptionis, *vt vides in illis iuribus, & in d. § etsi quidem, & l. emptionem. C. de rerum permu.* Cum ergo esset adhuc dubitabile, an emptio esset genus permutationis. ¶ Quanto minus debemus dicere permutationem esse genus emptionis. ¶ Septimò facit, nam strictius & specialius contrahitur permutatio, quàm emptio: *patet per l. 1. de contrahen. empt.* vbi quia difficile erat permutatione sæpè & communi vsu vti, inuenta fuit pecunia numerata, vt facile possit haberi rerum cōmercium scilicet emptione earum. Et sic videtur quòd emptio sit magis generalis contractus, cum apud Iurisconsultos id generalius appelletur, quòd plures species, vel indiuidua continet *vt l. legato. generaliter de lega. 1. in c. 1. de resc. extra.* Et hoc constat maximè retenta opinione doctorum, qui dicebant permutationem tantùm in speciebus & rebus certis constare, cum videamus & genera, & vniuersalia, & species & certas res, & incertas emi posse, *vt per totum titulum de act. vel hær. ven.* ¶ Octauò vrget ratio talis: nam etiamsi fateamur permutationem antiquo gentium iure fuisse nomen generale, tamen cum hodie habeat speciem contractus ab alijs distinctam, *vt l. 1. infra eod.* hodierno iure, id iudicare debemus de eo contractu, quod ius ho-

Digitized by Google

diernum ostendit, nec disputatio nostra est
de iuregentium antiquo. Constat ergò hodie
habere specifium nomen contractus. Item
hoc satis corroboratur eo, quòd nihil refert,
habere nomen speciale, vel generis in specie
verificati & restricti, *vt l. 1. sup. de adop. Item facit*
lex 1. in princi. infra de testa. vbi testamenti nomen
generale, est attenta nominis significatione,
quęlibet enim testatio mentis testamentum
appellari poterit. Sed in iure specifico modo,
sumitur prout distinguitur ab alijs speciebus,
secundùm suam definitionem, nec dicimus
testamentum habere nomen cõfusum & mi-
nus elegans, quam ipsa emptio: sic ergò etsi
permutationis nomen cuilibet vicariæ præ-
stationi adaptetur, tamen in iure nostro, con-
tractum significat specificum & distinctum, *vt*
patet in dicta l. prima eodem titu. & l. prima de contr. a-
40 *ben. empt.* Præterea † si rectè considerentur no-
mina contractuum, magis sunt nomina spe-
cierum quàm propria, *vt no. in leg. si quis in fundi*
vocabulo infra de leg. prima. vnde eorum vera co-
gnitio & distinctio melius habetur à definiti-
one, quàm à nomine *vt Bar. in leg. prima de acqui.*
pos. in leg. secunda in princ. si cer. pet. in l. prima de testa.
huius ratio est, quia specierum proprium est
definiri, vt docet Boëtius: per quam definiti-
onem à cæteris distinguũtur. Vnde ista nomi-
na quæ competunt speciebus secundùm pro-
priam definitionem, dicuntur in nostra ma-
teria propria. Ex quo euenit, quòd contra-
ctus

Testamentum potest dici quælibet mentis testatio.

Digitized by Google

ctus nominatos vel ſpecificos appellemus eos, qui ſpecierum habẽt nomen, per quod ab alijs diſtinguantur. Sed permutatio eſt huiſmodi, quia ita definitur, vt alteri non competat eius definitio: ergo erit contractus nominatus: definitur.n.ſecundùm Hoſt. quem ſequitur Azo. Permutatio eſt alicuius certæ ſpeciei, hinc inde facta præſtatio, *de quo ſupra ſatis latè.* ¶ Non 41
obſtat primò *lex primo, ſecundo, & tertio, de præſ. ver.* in quibus dicitur, quòd ex ſolis contractibus innominatis datur actio præſ. verb. quia etſi hoc exaſperet vulgi aures, nunquam in iure talis concluſio probabitur, nec illa iura hoc probant: dicunt enim ex innominatis naſci actionem præſ.ver. non tamen negant, quòd ex nominatis naſcatur, valet enim hæc conſequentia: contractus non habet nomen: ergo non habet ſpecialem actionem, ratio quia ex ſpeciali nomine, habet ſpeciale nomen ipſa actio ex emptione, namquæ datur ex empto, & ex commodato commodati actio. Vnde, cum contractus non habeat nomen proprium, concluditur nec habere proprij contractus actionem, & hoc eſt quod dicit tex. *l.1. & 4. eo. tit.* in hæc verba: *Cum proprium nomen inuenire non poſſumus, facile deſcendimus ad eas actiones quæ in factum appellantur.* Item ſubiungit lex. *3. in quam actionem neceſſe eſt confugere, quotiens contractus exiſtunt, quorum appellationes nullo iure ciuili proditæ ſunt.* Sic ergò intelligo, quòd dum contractus non habet nomen, recurrimus ad acti-

Obiectio.

ad actionem præſ. ver. quia certum eſt nec habere actionem. Sed econuerſo non probatur, quòd vbi habemus nomen, habeamus actionem, non enim valet iſta conſequentia: habet proprium nomen: ergò habet propriam actionem: cum plura ſint nomina propria cõtractuum, quàm actionum, vt tibi oſtendo in ſtipulatione, quæ etſi fortiſſimus ſit contractus, & habeat elegans nomen, *vt l. 1. in fi. ſu. eod.* non propterea habet ſemper ſpecialem, à contractus nomine actionem: Imò, ſi certum deducitur, ea actione agitur per quam certum petitur *vt l. ſi quis cert: ſi certum petatur*: Et ſic certi condictione generali. Nec obſtat, ſi dicas quòd, quorundam opinione, datur condictio ſpecialis: nam ſi ſpecialis daretur, non diceret tex. ille, quòd generali agi debeat, cum ſpecialia commendabiliora ſint *vt l. hoc legatum de le. 3.* & ita hoc latè & clarè oſtendebam, cum hanc materiam legerem. Item idem eſt in mutuo, quia in mundo non inuenies mutui actionẽ, & verè figmenta mera ſunt eorum, qui eam fingere volunt, de quo ſatis latè *in l. certi condictio in prin. & §. quoniam, infra: ſi cer. pet.* Item hoc etiam probatur in fideiuſſione, de quo miratur dominus Iaſo. *in §. in perſonam. Inſtit. de act. col. 11. in princ.* vbi dicit fideiuſſionem habere elegans, & proprium nomen, & tamen videmus, quòd actionem habet ſtipulationis, ſiue ex ſtipulatu, ſiue certi condictionem: quòd ſi omnia iſta negare velis, nõ poteris negare permuta-

Specialia commen-

mutationem esse nominatam, & tamen vides actionem non habere propriam, & ideò dicit text. l. 2. de præs. verbis: quòd cum deficiunt vulgaria atq; vsitata nomina actionum, præs. verbis agendum est. Itaq; † non solùm quando contractus est innominatus, sed vbicunq; deficiat actio vsitata, ibi agendum est præs. ver. actione, cum ergò in permutatione deficiat actio hac ratione dabitur actio illa. ¶ Hinc concluditur, quòd omnis cõtractus iurisgentium non habet actionem specificam, eo ipso quòd est contractus, etsi Bart. contra teneat *in l. 1. in col. 8. de cond. & lege.* & Moderni hîc latè. Vnde non probatur hac ratione, quam contractus feudalis & emphitheusis, & cæteri similes habeant actionem propriam: aliunde ergò erit necesse probari. Nec rectè negat Bal. *in l. 2. C. quando liceat ab emptione discedere*, quòd isti tales contractus non sunt nominati, quia nominati dicuntur non à nomine, sed ab actione speciali sui nominis, nam si non habent speciale nomen actionis, non erit nominatus secundùm eum, etiamsi habeat nomen, vt in donatione, permutatiõe, & emphiteusi & cęteris similibus, hucusq; Bal. quem nota, quia fatetur cõtractum permutationis habere nomen specificum competens contractui speciali, prout donatio & emphiteusis, in quo ipsi astipulor. Sed cum ipse credat ab actione tantum dici nominatos, hoc non est verum, quia etiam non habentes actionem nominatam,

46 (margin, beside "verbis agendum est. Itaq; † non solùm quan-")

tam à contractu dicuntur nominati, & proprius est nomen, ex quo contractus nominatus dicitur, quàm actio quæ ex contractu nominato oritur. Vnde contractus non dicitur ab actione, sed actio à contractu: indecens est enim, vt parentes à filio denominentur. Nec obstat tex. *in dicta l. 3.* quem adducunt quidam Moderni repetētes Rubricam de rerum permu. per quem comprobant dictum Bald. vbi dicitur, quòd recurrimus ad actionem præs. verbis, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullo iure ciuili proditæ sunt. Itaq; appellationes intelligunt ipsi, idest actiones, quia videmus quòd omnes ferè contractus sunt de iuregentium: ergò nō habent nomina iuris ciuilis, sed pro nominibus intellexit actiones, quæ à iure ciuili fuerunt datæ. Vnde secundùm illum tex. ex actionibus ciuilibus dicuntur nominati. Sed etsi eorum inuestigatio sit subtilis, tamen nō est necessaria eorum opinio, quia etiamsi verum sit, quòd nomina contractuum ferè omnia sint iurisgentium, dicendum est ea etiam esse iuris ciuilis approbatione: vnde de his nominibus satis latè in corpore iuris. Dicit ergò Iureconsultus, quòd cum erit contractus cuius nomen inueniatur, agendum est præs. verbis, nec mirum quia etiam ista nomina possent appellari ciuilia *vt §. 1. Instit. de obli. & l. legitima sup. eod. ibi satis dixi*, vel si adeò velis proprietatem verborum obseruare, dicendum est, quòd quando con-

Filij denominantur à parentibus non contra.

Obiectio.

do contractus non habet nomen, possumus agere præs. verbis. quod potest esse, cum deficit nomen Iurisgentium, *vt l. 1. eo. tit.* vel cum deficit nomem à lege ciuili, *vt leg. 3.* nec in hoc stat vis aliqua, eò maximè, quòd dicere, quòd in prædicta l. 3. debeat exponi appellationes, idest actiones repetere est idem, quod dictum fuit *in l. 2.* & maior esset sua impropriatio quàm nostra. Vnum tamen fortiter obstat scilicet quod dicitur *in l. 1. § item empt. sup. alleg.* vbi contractus nominati, eo ipso quod sunt, habent obligationem. Fateor, sed nego quòd habeant specialem actionem, ista enim cōsequentia non est necessaria, *per tex. nostrum*: vel posses etiam respondere, quòd ibi tantum de contractibus qui consensu contrahuntur: vt in inferioribus declarabo, in his cogita. ¶ Nō ob. secundum arg. † de text. nostro in versi. Sed si in alium, vbi do vt des, quando datur res pro re, non est contractus nominatus, sed est permutatio, præsertim, quòd supra tenui, de genere ad genus fieri permutationem, vnde, cū agitur de re danda ad rem dandā, est permutatio, & non est nominatus. Respondeo negando, quòd cum do rem vt mihi aliam des sit permutatio. Ratio quia ad essentiā permutationis necesse est, q hinc inde res sit præstita, vt patet in definitione, est enim rerū hinc inde facta præstatio, sed anteq̄ des, nō ex vtraque parte præstita: ergò nec est permutatio. Et h. e. q tex. iste appellat cōtractū nominatū, quia

Obiicito. 43

quia ante quam res ex vtraq; parte præstetur, agitur de permutando, & nõ est permutatio, & remanet in illo confuso nomine do vt des. Facit quod tenet Bart. *in prin. nostræ l.* quòd etsi mutuum & donatio sint contractus nominati, tamen si paciscor de mutuando, vel donando, erit contractus innominatus, quia sunt nomina sumpta ab executione contractus, & ante executionem non fit: ita est in pacto de dãdo vt des, etiamsi ex nulla parte interueniat traditio, quia ea de re appellatur permutatio, quia vtraq; res perfectè mutatur *vt l. vrbana §. pernoctare fu. al.* ¶ Hinc etiam intelliges, *l. fi. infra de con. ob cau.* quia ideò appellauit illum contractum innominatum, & esse ex genere contractus do vt des, quia adhuc non est permutatio, nam si permutatio esset, non esset in genere confuso.

¶ Non obstat tertium arg. *de notatis in Rubri. de rerum permuta. C.* quæ corroborantur ex his, quæ dicit Bar. hîc, quia etsi fatendum sit, quòd antiquo & primæuo iuregentium omne cõmercium gentium consisteret in permutatione, *vt in d. l. 1. in prin. de con. empt.* & sic est, quod permutatio est contractus generalissimus, hoc tamen intelligẽdum est, quòd eodem iuregentium reducta fuit, ad speciem contractus constat enim illo iure, emptionem esse distinctam à permutatione, & permutationẽ ab ipsa emptione vt patet in disputatione, quę de versibus Homeri fuit inter Iureconsultos,

de qua

Digitized by Google

de qua in d.l.1.& in §.item precium. Ex qua disputatione manifestè patet, ante ius ciuile Romanorum hæc in se distincta fuisse. Item hoc probatur quia emptio est iurisgent. contractus, *vt l.nostra,& in §.fi.eiusdem l.1.* ergò eius essentialia sunt de iuregentium. Sed per differentiam substantialium constituitur diuersa species, vt Bar.latè *in l.1.de act.pos. infra*: ergò iuregentium differunt,cum constet, inter permutationem & emptionem plures esse differentias essentiales *vt l.1. de rerum permu. infra: vnde intellige versi. Sed an si nummis.Eiusdem l.1.de contrah. empt. vbi dubitatur,an sine nummis esse hodie ipsa emptio,& determinatur quòd non,per exempla Homeri antiqua. Vnde ibi clarè constat formam nummorum, vel pecuniæ nmmeratæ fuisse de iuregent: & hoc ibi fatetur Bart.* 44

¶ Vnde primò inferas nimis inconsideranter scripsisse dominum Iaso. *Institu. de iure natu.gen. & c. §. ius autem gent.ad fin.* vbi primùm dicebat, quòd ideò emptio erat iurisgentium, quia licet forma pecuniæ fuisset inuenta auctoritate principum, & iure ciuili, tamen quia substantia contractus est hoc,consensus est de iuregentium,*vt l.cum amplius §.in natura de reg.iuris*, dicitur contractus iurisgentium, certè cõstat eum malè locutum, quia prout consensus fuit de iuregentium, ita & nummorum inuentio, *vt patet in eadem l.1. & ibi Bar.* & licet ipse dicat, quòd doctores ita respõdent prout ipse, si qui sunt non tamen rectè docent.¶ Item & in alio videtur somniare,cum per eandem l.1. dicat,

quod, antequam esset experta pecunia numerata, vel pecuniæ forma: fuerat inuēta emptio, & ea prius vtebantur gentes: quomodo est enim hoc possibile, cum constet nummos, tanquam materiam ad ipsam emptionem fuisse prius formatos, & præparatos, *vt patet in eadem l. 1. item.* quia sunt de substantia emptionis, *vt in prin. de empt. & ven. & in §. precium. & §. item precium & in prin. de locato & con. Insti.* ¶ Ex his secundò infero, quòd nomina fuerunt sumpta à iure gen. vnde ab eo iure dicuntur nominati cōtractus, & ita intelligas Bald. *in Rubri. C. de rerum permu.* vbi dicit. quòd necessitas inuenit nomina cōtractuum, intellige quòd necessitas gentium ea inuenit, aliàs si intelligeres, vt verba sua sonant, malè veritatem perciperes, cum dicat, quod Iureconsulti baptizauerunt contractus, & dedêre nomina dando eis naturas legales, & illi sunt nominati, quod intellige, aut in merè ciuilibus cōtractibus, aut in cōtractibus naturalibus, quia à iure ciuili approbātur, aliàs difficile est excusare Bal.
45 ¶ Tertiò infero quòd cum iuregentium, ipsa permutatio habuerit speciem propriam contractus, non debet iudicari tanquam contractus generalis & confusus, eò maximè, quod in nostro iure nusquam inueniatur, nisi quòd ius ciuile eum considerasset tanquam contractum specialē, nec aliquid refert, an olim habuisset nomen generis (vt supra dicebam) quod patet in emptione, nam appellatione emptionis omnis

con-

Digitized by Google

contractus comprehenditur, ex quo dominium transfertur *vt in l. statuliber à cæteris. §. quintus. ff. de statuliberis.* Sed constat emptionem esse contractum nominatum *vt per tex. nostrum.* Sic ergò erit in permutatione, & ita per illum tex. refundabat dictum Petr. And. in suo Tractatu, qui in hoc est in nostra opinione, & dicit se mirari, quod doctores non considerauerint tex. illum. Ego verò reperio Bal. considerasse eum, & illis respondere, *vt patet in 2. col. in lege nostra.* vbi ipse dicit, quòd id intelligitur per interpretationem, quasi sentiat, quòd in illa dispositione, ex eadem ratione comprehenditur omnis contractus, nō autem vi verborum, & ita interpretatur. Imò *l. 1. ædibus in prin. in vlti. col. de dona infra.* Eodem modo respōdent hinc Moderni Papienses *in 3. col.* quæ responsio satis mihi placet, maximè *per legem sicut §. venditionis infra quibus me. pig. vel hypo. & per l. 1. §. eam. quæ res pig. ob. pos.* vbi eam rem quæ vendi prohibita est, nec pignorari licet, cum commercium eius sit prohibitum, & ideo intelligit Iureconsultus venditionem generaliter esse assumendam, vt etiam legatum comprehendatur, quod ego credo intelligendum ex eadem ratione, non autem ex nominis significatione.

¶ Nec id obstabit, quod forsan ponderari potest *in dicto §. quintus.* quod verbum *contineri* ibi positum significat propriam comprehensionem, *vt tenet Bart. per text. ibi in leg.*

qui eorum §. affinitatis infra: de postulando, nam confunditur ea doctrina, etsi sæpè commendetur *per tex. l. legibus infra de testi. iuncta. l. si qua. §. 1. infra de ritu. nuptiarum*. Vbi appellatione nurus sponsa cõtinetur, sed id est improprio modo, *de quo vi. fili. satis latè in Rub. de fide instru.* ¶ Hoc intellectu præhabito, dubito an rectè dicat Bald. *in l. voluntas: in vl. col. C. de fideicõm.* quem referunt hîc Moderni Papienses, *in 3. col.* scilicet quòd illo primæuo iure apud antiquos auctores rudis prudentiæ verbum *venditio* erat generale & innominatum, quod ad omnes cõtractus referebatur, *vt in d. l. statuliber à cæteris §. 5. eo. mo.* intelligit Bal. *in l. 1. in vlt. col. C. de rerũ permu.* sed ego satis sum dubius, quia tex. in d. §. 5. loquitur secundùm legem 12. tabularum, & etiam ante illas leges, & postea emptio semper fuit specificus contractus, probatur, quia precium & numismata ad talem contractum fuerunt inuenta, *vt in d. l. 1. in prin.* Item de versibus Homeri iudicatur, emptionem esse specificam, nec sine nummis fieri posse, qui versus loquuntur de tempore excidij Troiani, quod ante vrbem conditam & ante leges tabularum fuisse constat, nec postea id fuit verum, quod Bal. dicebat: aliàs Sabini sententia perualeret, qui cum vulgo dicebat rebus permutatis emptionem fore. ¶ Sed ne à proposita responsione discedamus etiamsi ab initio, rerum permutatio esset nomen generale, cum tamen postea nostris legibus, & iuregentium deuenerit ad speciem,

Nummorum vsus ante emptionem excogitatus.

Digitized by Google

ciem, nihil videbitur id obstare, nam etiam vulgò dicebatur, permutatis rebus emptionem & permutationem esse speciem emptionis, tamen cum iure ipso emptio haberetur pro specifico contractu: nihil obfugit vulgi generalis significatio *vt in d. §. item precium.* ¶ Nec obstat id quod dicitur *de lege ita constante. de iure dotium infra.* vbi permutatio generaliter sumitur, nam si id tenent doctores, quòd ibi non est propria species permutationis, cum permutatio sit proprius contractus, Iureconsultus ibidem sequitur vulgi significationem, & quendam modũ dicendi, permutationis pro ipsa commutatione. Eodem modo fuit vsus *in l. sed et si. §. consuluit de peti. hæ. infra* in hæc verba (*plane si antidora acceperint, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperint, & veluti genus quoddam hoc est permutationis.*) *facit lex 1. de c. dimi infra*: capitis namq; diminutio est prioris status permutatio. Patet ergò ex his, quòd hoc non dicit esse permutationem veram, sed habere quandam speciem & similitudinem permutationis, quo fit, vt quandoq; permutatio appelletur quælibet mutatio, nec credas hoc solum fuisse in permutatione. Nam & in mutuo † eodem loquendi modo sæpè vtimur: exempli causa, si quis dixisset, mutuam pollicentur fidem, item in matrimonio, mutuum cõsensum præstiterunt. Item habemus titulum de mutuis petitionibus: & quod vulgò dicitur, paria delicta mutua compensatione tollun-

Obiectio.

Capitis diminutio quid.

49

tur *c. significasti. de diuor. c. intelleximus. de adul. leg. viro. solu. mat. infra.* Tamen vides quod sidera ante ex cœlo cadent, quàm mutuum sine rei traditione fiat. *vt l. si tibi in prin. infra eodem.* Item idem supra vidisti in emptione, & dicitur in Ecclesia, precium sanguinis fuisse nummos illos ab omnium immanissimo Iuda pro nostræ salutis morte acceptos: sed falsum emptionem fuisse. Facit quod dicitur *in c. primo de Simonia*: quòd sicut Episcopus non debet manum vendere, ita notarius vocem, nec calamum.

Mutuum non potest fieri sine rei traditione.

¶ Item facit in proposito *text. leg. si dubitetur infra de fideiuss.* vbi fideiussor soluens pro reo dicitur emere nomen debitoris: Sed vides, quòd non est propria & vera emptio, quia creditor recepit debitum suum, nec agitur de venditione, sed de solutione debiti, & fideiussor soluit necessitate soluendi, & non voluntate emendi, Sic ergo dicendum est permutationem dici *in d. l. ita constante.* Hæc corroborantur per ea, quæ dicit † Bar. *in l. 1. col. 2. de act. & ob. C.* vbi dicit, larga significatione emptionis posse venire omnem alienationem: & ita intelligit *l. si dubitetur, & l. statu liber. §. quintus*: de quo tamen dic vt supra, nam quantum ad §. quintus, magis credo, ex identitate rationis id venire, quàm ex impropria significatione, *vt l. sciendum §. penul. de ædil. edi.* vbi edictum loquens de emptione, comprehendit permutationē. Sed pro Bar. & pro nostra opinione facit text.

47

l. insu-

Digitized by Google

l.insulam de præs. verbis infra. Præterea facit, quia istud nomen societas competit etiam alteri contractui, quàm societati: Competit enim matrimonio, ex quo appellantur socij diuinæ & humanæ vitæ: *facit lex primo de ritu nuptiarum. & §.primo Insti. de patria po.* Sed tamen societas distinguitur aliter à matrimonio *vt in c.secundo. de sponsalibus*: ergò non impedit, quod nomen contractus possit alteri rei, vel cotractui competere, qui appelletur nominatus, si propriam habet naturam & speciem: Socios enim & in crimine dicimus, *vt in c. sicut dignum. §.illi etiam de homi.* & in labore aut bello sustinendo, vt sæpè Verg. *Amissos longo socios sermone requirunt: Et albi: Corripit & somno corpus, sociosque fatigat.*

Coniuges dicuntur diuinæ & humanæ domus socij.

¶ Ex his ergò habes, quòd nihil obstat ratio doctorum, quare permutatio debeat dici contractus innominatus, præsertim quòd cum constet ratione, quare dicantur nominati, per consequens apparet hoc non impedire.

¶ Quinimò sustineri potest, quia nihil 48
est, quod ad contrarium constringat, per mutationem non fuisse nomen generale, ad emptionem, locationem, mutuum & ad similes contractns. Nam quanquam fateri oportet, in primo statu naturæ permutationem fuisse primum, & principalem vltrò citròque obligatorium contractum, tenere possumus, quòd postquam natura,

ministrante gentes ad sui conseruationem, adinuenerunt horum cõtractuum commercium, talibus contractibus nomina fuerunt imposita, quibus vnus ab altero dinstingueretur, ad quod satis suadet *tex. in d. leg. 1. de rerum permu.* vbi constat à primo gentium statu fuisse permutationem, cuius difficultatis causa fuit inuenta pecunia numerata, vt facilius rerum commercium haberetur, & cum de re ad nummos fiebat promissio, appellata fuit emptio, quæ semper posteaquam fuit inuenta, habuit nomen distinctum ab ipsa permutatione, vt ibi patet, & idem credo de cæteris. Vnde secundùm hoc non esset verum, quòd permutatio fuisset genus emptionis, q̃a antequam esset emptio, non fuit eiusgenus nec postquam fuit: vt ibi patet. Item genus verificatur in sua specie, sed permutatio non potest, nec potuit verificari, quia si est conuentum de re ad precium, ex sola conuentione est emptio, quia consensu constat, & à consensu assumpsit nomen, tamen est impossibile, quòd sit permutatio, quæ rebus traditis fit, & ab eis assumit nomen *vt leg. prima §. item emptio.*

Genus verificatur in sua specie.

49 **Obiectio.** ¶ Non obstat quartum argumentum de transactione, quæ habet nomen generis: nam negare possum idem esse in permutatione. Item non est bona ratio, quia habet nomen generis esse innominatum, cum dicatur nominatus si habeat speciale nomen, ab ipso

ab ipso genere conuentionis *vt in leg. nostra.* At si dicas transactionem esse innominatum contractum, quia datur praes. verbis, nec ista ratio est concludens vt supra: cogita in his. ¶ Non obstat quintum arg. de tex nostro, ibi *sed transeunt in proprium nomen,* quia ista proprietas est à genere conuentionis, nam respectu conuentionis, quæ est generalis ad omnem consensum *vt in §. conuentionis su. l. 1.* permutatio est specialis, & ideò dicetur habere proprium nomen, quia transit à nomine generali conuentionis, ad aliud specialius nomen, vt supra satis latè. Obiectio.

¶ Non obstat sextum argum. *de l. 1. §. item emptio infra eo.* & licet plures doctores, ex illo text. concludant, permutationem esse contractũ innominatum, non tamen probant: & præsuppono, quòd ille text. non voluit distinguere contractus nominatos ab innominatis, hoc probatur, quia sequeretur, quòd mutuum, depositum, & commodatum essent innominati, cum non contrahantur consensu: sed hoc est falsum, vt vides *in l. nostra.* nec ista fuit nostra responsio sed glossæ, vt in nostra gloss. videbis, idem tenet ibi glo. vnde tex. ille voluit distinguere permutationem à contractibus, qui consensu habent nomen, non tamen à cõtractibus nominatis, aliàs, (vt dixi) etiam contractus, qui re celebrantur, non essent nominati, quòd est falsum. Expone ergò illa verba, (*quod in his duntaxat receptum est qui nomen suũ* 50 Obiect.

 habent)

334

in verbo stipulantium,& in auct. de aqua.do.§.1. col. 7. & l.si non sortem.§. si decem.de condi.inde. infra. Nec obstat quòd glossa *in d.§. 1.insti.eo. & in d. aucten. §.1.& l.1.in glo.1.infra de verb. oblig.* dixerit, id impropriè dici: nam id falsò præsupposito asserit, cum credat quod stipulatio propriè pro promissione accipiatur secundùm Priscianũ. Imò secundùm eundem, verbum *stipulator* est verbum cõmune, quod tam in actiua, quã in passiua significatione, ablatiuo coniũgitur, vt stipulor abs te, pro rogo te, stipulor abs te pro rogor à te. Item Iuuẽ. quantum vis stipulare,& protinus accipe, quod do. Item Suetonius passiuè protulit in hæc verba. Prætorum lectoria, quæ vetat minorem 25. annis stipulari. Item Plautus passiuè intelligit, nisi dolo malo stipulatus sis,&c. Vnde stipul. promissor, & cui ꝓmittitur rectè appellatur, & hoc constat certa ratione: Nam si stipulatio est interrogatio & responsio simul iuncta, *vt l.5. §. stipulatio. ff. eo.* quare vterq; non dicitur stipulator, cum in illo actu stipulationis vterq; sit agens. vnde nõ impropriè, sed recto sermone vtrũque stipulatorem iura appellant, & dictionarij idẽ sentiũt, vt latè poteris videre Calip. vnde si hæc ita sentias, à Bald. dissentire necesse est. ¶ Ex his habes permutationem forsan cõtractum esse nominatum, item alia multa, quę ex solutione argumentorum colligere potuisti, nec mireris, si tam diffuso calamo hęc scripsimus, nã cum de plurib. dubitauerim' nostrę dubi-

Sipulatio quid.

dubitationis rationes ſcribere, decens viſum eſt: & aut mihi miſerum barbaro, & acerrimo pluſquam oportet iudicio illuſtriſſimorũ doctorum opinionibus firmiter non inſidere, aut lugenda noſtra ætas, quæ iuſtitiæ, præcepta rationibus adeò infirmis conſtruxit, vt de his facilè, & paſſim dubitetur, cuiusq; cauſa, ſi tamen id mihi credas fuit negligentia.

53 ¶ Item occurrit dubium, nam ſupra viſum eſt primùm in rerum natura fuiſſe ipſum contractum permutationis, vt patet in prædicta l. 1. Item videmus eius continuum & neceſſarium commercium & vſum: Item videmus habere nomen elegans: quare ergo non habet actionem ſpecialẽ? certè ſi, vt cæteri, ego intelligerẽ, non video quare non haberet ſpecialem actionem. Sed ratio ſtat manifeſta, quia actio datur ad exequendum promiſſa, eſt enim ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur. Sed cum permutatio habeat iam executionem perfectam, vt patet in eius definitione, & ſupra latè oſtenſum eſt. Ideò non fuit data actio ſpecialis & diſtincta. Si enim ego tibi rem dedi, & tu mihi aliam dediſti, hîc non eſt actioni locus, & hac conſideratione, non fuit data permutationi actio: facit in ſimili reſponſio Bart. & cæterorum in iſta noſtra lege, cum loquitur de donatione. Quare donatio, cum ſit contractus elegantis nominis & ſpecificus, non habet donationis actionem: ratio eſt, quòd donatio doni datio, vt *l. ſenatus. §. donatio*

Actionis definitio.

Donatio donidatio.

natio.de d. cau. mortis. Vnde cum donum sit datum non est actio necessaria. Sed nota, quòd quia causa actionis accidentaliter potest euenire in ipsa permutatione, vt puta, quòd res tradita euincitur, tunc recurrimus ad actionē in factum, *vt l.in me.infra de rerum permu.* Ratio est, quia cum id sit causa accidētalis, & permu. suâ naturâ non exigeret actionem, nec haberet, recurrimus ad actiones vniuersales.

¶ Item considera, quòd antequam res detur ex vtraque parte, non est permutatio, vnde si do rem, vt mihi aliam des, iste contractus non habet nomen permutationis, etsi verum sit quòd agitur de permutando, & hac ratione, remanet in nomine confuso istius contractus do vt des, quod vltra superiora ea ratione tibi ostendo: certum est quòd si nos tenemus do vt des esse permutationē, hoc erit verum, quòd vbicunq; est do vt des, ibi erit permutatio, excepta tamen emptione, quia siue genus detur, siue species, nihil obstat ad permutationem, patet per verba Homeri, de quibus supra: non ergò erat necesse, facere titulū distinctum de rerum permutatione, cum *in l. naturalis. §. etsi quidem de præs. verbis. esset tractatus ipsius contractus do vt des,* ideò dicēdum est quòd differentia stat in hoc, quòd do vt des, non est actu permutatio: vnde stat in genere confuso, & hac causa nascitur præs.verb.actio, *vt l. in quam.ff. de præs. verb.* hoc itidem corroboratur ex his quæ dicunt docto. de pacto, de mutuando & 54

ando, & de deponendo, nam non est mutuum nec depositum: cum enim à re habeat nomē, antequam res detur, non dicitur habere nomen. Vnde remanet in solo nomine conuentionis, & ita est in permutatione, antequā res ipsa ab vtraque parte detur, non est permutatio, vnde remanet in nomine cōuentionis do vt des, quod vt verius loquar non est nomen.

55 ¶ Nota tertiò principaliter ex glo. op. Ioan. quòd illi dicuntur contractus nominati, qui consensu contrahuntur, & consensu producunt actiones, vnde cum permutatio non fiat solo consensu, inferebat ipse non esse nominatum, *per l. 1. §. item emptio. de rerum permu.* Bald. voluit corroborare hanc rationem, quia omnis contractus nominatus aut fit re, aut verbis, literis, aut consensu: Sed permutatio non fit aliquo istorum modorum: ergò erit innominatus. In hoc certè, & intellectu illius l. allegatæ, videntur doctores non sibi constare: Bal. enim videtur probare conclusionem Ioannis, scilicet permutationem esse innominatum contractum, tamen eius ratio, potius destruit eam quàm corroboret. Nam si Ioannes dicebat, contractus nominatos consensu cōstare, & ideò inferebat, quòd permutatio erat innominatus, quia consensu non constat: intentio Ioannis est, eos solos esse contractus nominatos, qui consensu contrahuntur, aliàs male inferret. Sed Bald. dicit, etiam eos qui re verbis, & literis contrahuntur, nominatos esse:

Digitized by Google

esse: ergò malè dicit Ioannes secundùm Bald. & ita rectius intelligit glo. nostra, quæ Ioannẽ reprehendit, cum etiam contractus, qui contrahuntur, dicantur nominati per tex. nostrũ.

¶ Ex hac glossa infero verum intellectum, 56
L.1.§.item emptio de qua su. aliquid dixi scilicet quòd lex illa voluit declarare differẽtias essentiales, inter emptionem & permutationem, quarum vna est quod emptio nomẽ assumit à consensu, & solo consensu habet obligationem: permutatio verò, nec habet nomen à consensu, nec oblig. sed demũ re tradita: Itaq; illa lex nõ tradit hanc differentiam s. empt. esse cõtract. nominatũ ꝑmut. vero iñominatum, Sed istam permutationem non habere nomen ex consensu, prout emptionẽ, aliàs sequeretur, quod nec mutuum, nec depositum, nec commodatum essent contractus nominati, quod apertè iniquum est, per legem nostram & ita etiam ibidem glo. fatetur: etsi aliter intelligat in verbo nomen suum ibi item caue tibi: & in verbo dicemus vbi dicit ita plane esse legẽdum. Vnde eadem glo. non rectè notat ex textu, quod permutatio non habet nomen, peccat enim in fallacia qualitatis, quia textus benè vult probare, permutationem non habere nomen à consensu, Sed non vult probare, permutationem non habere nomẽ. Item etiam videntur decipi omnes, qui per illum tex. credunt permutationẽ non habere nomẽ, vt Moder. hîc in tractatu, vt etiam Bald. videtur id sen-

latè in l. ff. de condi. & demon. illa conditio necesse est, vt ante adimpleatur quàm veniat in esse illud addicitur, *vt lege cedere diem. ff. de verborum obligatione.*

¶ Tertiò facit tex. *in l. si permutationis. C. de euictio.* ibi, eis euictis, quantum interest conueniri posse rationis est: ergò ante quàm euincantur non possunt conuenire, nam ablatiuus absolutus interpretatur conditionaliter, *l. à testatore. de condit. & demon.* ¶ Quartò probatur per text. expressum *in c. cum venerabilis de except.* vbi text. dicit, quòd permutatio fit cum domino vel cum eo, qui habetur loco domini. Ex quo satis videtur probari, etiam de re aliena constare pmutationem, antequam pereuictionem probetur aliena, & his fundamentis Moderni in hanc sententiam firmiter insidēt, quibus adde meliorem text. *l. sequitur. §. sed etsi seruum infra de vsucap.* vbi permutatio est iustus vsucapiendi titulus, at si permutatio sine dominij trāslatione non posset cōsistere, nec ex permutatione vsucap. posset, quia quod quæsitum est, rursus quæri non potest, & cùm probetur ex permutatione quæri, probatur etiam quæsitum non esse. ¶ Præterea facit ratio glossæ & Irne. de qua *in l. 1. ff. eo.* nam cum in permutatione agatur de euictione, sequitur interim valere, ratio, quia re euicta, fingitur non esse permutatum *vt l. datio de act. empt. infra.* ergo fuit permutatio. ¶ Ego verò hæc non ita 58
sibi constantia video, vt firmiter hoc affirma-

Ablatiuus absolutus conditionaliter interpretatur.

Quæsitum amplius acquiri nō potest.

re auferim: nam his responderi potest, Sed cõtrarijs non rectè respondetur: Et primò text. est clarus, quem omnes allegant *in l. 1. in fi. infra de rerum permutatione* vbi Pedius dicebat, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. Item credendum censeo, hanc sententiam solius Pedij non fuisse: nam Paulus eandem confirmat ibidem, quia eam referendo sequitur, & quod potius est, idem dixerat in superioribus verbis, vbi inter permutationem & emptionem voluit hanc assignare differentiam, vt in permutatione, vtriusque rem fieri oportebat, quod in emptione aliter est. Sed respondent Moderni, quòd lex illa loquitur ad effectum actionis consequendæ: nam si ego dedi tibi rem alienam, vt tu tradas tuam, non possum agere contra te si constat rẽ esse alienam antequam tu tradas: Ratio est, quia ex parte mea non adimpleui: & ita loquitur Pedius, secus si ex vtraq; parte traditio est facta, & vnus tradidit alienam rem alius propriam, nam tunc antequam euincatur, nõ potest agi contra contractum, cum contractus valeat, *arg. l. rescriptum. §. 1. de dis. pig. infra. & l. si permutationis supra alle. & leges quoniam cum lege cum precibus. C. eo.* Et hoc dicitur de mente doctorum, *præcipuè Hostien. in summa eo titul. §. quid potest.* Sed ista declaratio, etsi eam tenuerit glo. ibidem, quo ad propositum tamen nostrum, non videtur stare. Nam text. *in dicta lege prima.* non solùm loquitur quo ad effectum producen-

ducendæ actionis, verùm etiam quo ad verá essentiam contractus: patet, quia ibi ponuntur differentiæ essentiales ipsius permutationis, ex quibus distinguitur ab emptione, nec ferendus est, qui dicat in hoc non differre emptionem à permutatione, cum Pedius, imò & Paulus hanc differentiam tanquam essentialem ibi enarrent. Item probatur, quia dicebat Pedius, nulla de re aliena contrahi permutationem: nam dictio nulla vniuersalis negatiua est quæ in omnem modum negat permutationem. Item id considera subtiliter, quòd effectus non producendæ actionis ob hoc euenit, quia non est permutatio, non econuerso dicendum est, non esse permutationē, quia non potest producere actionem: nam ideò negatur actio, quia non adimplet permutationem, & sic non est permutatio, non tamen causatur non esse permutationem, quia non habeat actionem, nam effectus causatur, & nō causat. Et ideò Pedius, vel Paulus cum dixisset nullam esse permutationem, infert ex hoc, quòd actio non oritur, vt patet in verbo *igitur si ex altera parte traditione facta &c.*

¶ Item ego quærerem ab his partibus rationem, quare si quis dederit rem alienam, non potest agerere vt alius det suam, ratio est, quia qui alienam dedit non impleuit aliàs si adimpleuisset, sequitur necessariò actionem esse dando, prout in emptione. *vt lege si. de conditione ob causam*, vt patet, quia pa-

ctum habet cauſam *vt l. noſtra*. Si ergò non adimpleuit, etiam ſi dedit alius ſuam, poteſt agere condictione ob cauſam, & repetere: ratio, quia cauſa non fuit ſecuta, *vt in d. l. fi. infra de condictione ob cauſam*. Ecce ergò, quòd etiam attentis eorum ſententijs, poteſt agi condictione ante quàm res euincatur.

¶ Secundò facit illa ratio, quòd permutatio
95 ſignificat perfectam mutationem, *vt l. vrbana §. ſi permutare infra de verb. ſig.* ¶ Tertiò probatur ſingulari ratione, quam ſupra ſenſi, certum eſt quòd obligationes, quę non requirunt dominij translationem ſed traditionem, nõ poſſunt habere condictionem ob cauſam, etiamſi res euincatur, ratio, quia qui tradidit, obſeruauit promiſſa *vt l. fi. de condit. ob cauſam ſapè alle.* at in permutatione, etiam ſi tradatur, ſi tamen res probetur aliena, habet locum condictio ob cauſam, *vt l. 1. C. eo.* Ergò ſequitur, quòd nõ adimpleuit promiſſa, nec fuit permutatio, & per conſequens apparet, quòd vbicunque ego permuto rem cum re, ſi probetur aliena, non fuit vera permutatio, vnde credo, quòd etiam, antequam euincatur, agi poteſt ad rem repetendam: quia verum eſt promiſſum, & non fuiſſe adimpletam, ex quo probatur permutationem non fuiſſe.

60 ¶ Quartò probatur ex fundamento noſtræ gloſſæ nam permutatio eſt ſpecies, do vt des, *vt lege naturalis. Paragrapho & ſi quidem infra de præſentib. verbis.* Ergò ex vtraque parte requirit do-

rit dominij translationem, quia de vtraque parte agitur de dando: ergò de transferendo dominio, *vt §. sic itaque. Instit. de act.* & si dixeris, quòd emptio est etiam species, do vt des, & tamen non est de natura necessaria emptionis, nisi tantum traditio, *vt lege prima & l. ex empto. in princ. de ac. empt.* Respondeo, quòd tunc emptio est species istius contractus do vt des, quando agitur de re danda pro precio, aliàs si simpliciter agatur, de emptione non verificatur species, nisi vendens fuisset dominus, de quo supra latè. Nec obstat solutio, quam sensit Bartolus *in dicto Paragrapho & si quidem. In eadem lege prima de rerum permutat. infra in medio col.* quòd ibi Pedius loquitur tantum, quando cōuentum fuit de dando vt dares, secus si conuentum est, quòd darem vt accipiam, nam etiam tunc est permutatio, nec exigit dominij translationem ex parte tua, *vt in eadem lege naturalis. §. et si quidem,* ¶ Certè ista solutio Bart. non potest applicari ad casum in §. si quidem, vt dicebam supra in materia emptionis. Ratio, quia verbum *accipiam.* in eodem §. æquè significat dominij translationem, sicut verbum, do, aliàs non esset species do vt des, quod est falsum. ¶ Item nec ista solutio Bar. potest applicari ad l. 1. quia fingit, & quia vult, quòd Pedius loquatur in differentia accidentali ipsius emptionis, & permutationis, sed ipse nō loquitur nisi in differentia essentiali, quæ cōstituit diuersam speciem *vt not. Instit. de iure per-*

Digitized by Google

fo. in fin. in verbo nulla. & l. fi. §. quotiens infra de publ. Bar. latè in l. 1. in 3. col. in medio de ac. pos. infra. eò magis, q̄ si accidentaliter loqueretur, nulla esset differentia, quia etiam per accidens in emptio ne potest venire dominij translatio, *vt in d. l. ex empto.* Item si per accidens esset hoc attributū permutationi, non diceret superius ipse Paulus, q̄ in permutatione vtriusq; rē fieri oportet, nam verbum *oportet* importat necessitatem *vt in c. primo de lege obligatio.* & sic non esset accidentale: Ad illa autem verba, posita in textu si merx neutrius, responde ex sensu glossæ.

Oportet importat necessitatem.

¶ Quintò induco text *l. fi. de con. ob causam su. alle.* & inductioni mentē adhibeas, præsuppono quòd ibi de permutatione agitur, patet quia datur vt des, & non est emptio: Sed ista
61 est vera † propositio, quòd vbicunque est cōtractus do vt des, si non est emptio, ibi agitur de permutatione *vt l. naturalis. d. §. & si quidem,* & constat, quia differentiæ traditæ vulgò, de re in genere ad rem in specie nihil sunt, vt supra. Ergò sequitur in eadem l. agi de permutatione, si agitur de permutatione: ergò emptio & permutatio non habent eādem naturam, scilicet quòd tantum teneatur tradere, cum in hoc distinguatur, secundùm docto. nam dicunt ibi quod ideò nō est emptio, quia agitur de dando, & tamē constat permutationem esse, ergò in hoc differunt. Hęc teneas ex intellectu doctorū, sed etiam secundùm intellectum

lectũ nostrũ, si ibi agitur de permutatione, & permutatio habet in hoc naturã empt. sequeretur ꝙ verbum do significaret tradere, *vt l.ita stipul.infra de vsuris*, quæ res efficeret, vt conditione ob causam agi non posset, quia tradendo adimpleuit: Sed hoc falsum: ergò & antecedens. ¶ Ex his ergo poteris tenere, quòd si conuenimus de rerum permutatione, & ego dedi tibi rem alienam, tu verò propriã, si postea probatur aliena, habebis duas act. scilicet conditionem ob causam, quia verum est, me non adimpleuisse *vt in d.l.si.& l.1. C.de rerum permut.& actio.præs.verb. vt l.1.infra de rerum permu. & lege nostra:* nam constat pactum de permutãdo fuisse vestitũ, quia dedisti, ex quo remanet oblig. ad dandũ: Sed nõ dedisti: ergò nõ est soluta oblig. & ita est text. expressus & singularis *in ista nostra l.iurisg.in vers.& ideo.* Nec facile respõdeas, ꝙ non loquitur in do vt des, nam eadem est ratio, vt vides in illatione, quã facit Iurecõs. in principio enim loquebatur in do vt des, & postea infert ad casum, do vt facias, quia eadẽ reg. vtrobiq; intelligit. Item, respondere ꝙ ibi loquitur post euictionẽ, nõ satis facit, quia etiam ante euict. eadẽ est ratio probatur, quia ideò post euict. possum agere cõdi. ob causam, vel præs. ver. act. quia causa non fuit secuta, & quia non feci ꝙ ꝓmisi, & hoc ꝓbatur per euictionẽ: itaq; euict. in cõtract. do vt des, non est causa ortus act. sed est ꝓbatio causæ. Sed si ante euict. probetur rem esse alienam, certè pro- Singulare.

batur causam non esse secutam, quia dedisti vt darem, sed non dedi: nam te dominum non feci, ergò nec promissa obseruaui, nec causa fuit secuta: vnde necessariò oriuntur actiones, & hoc est quod dicebat Martianus & Aristo.in l. nostra, quod oriebatur actio ex contractu, quia verum est non fuisse causam secutam, & pactum, ex parte dantis fuisse ve-

62 stitum. ¶ Nec fundamenta contraria adeò vr-

Obiectiones. gent, vt ista vera non possint esse. Primò arg. glo. non obstat quòd empt. æquiparatur permutatio, cum videamur in hoc differre.

¶ Secundò non obstat *lex 1, C.eo.* quam ponderant doctores dupliciter, nam ibi permutatio appellatur ex intentione agentium prout etiam videmus *in l. nam etsi cer. peta.* nam mutui essentiale est, quòd de meo fiat tuum, tamē alienos nummos tibi mutuò dedi, vt ibidē dicit Vlpianus, & exponit glossa quod erat mutuum proposito, vel destinatione: sic ergò in l. 1. su.al. vbi etiam glossa fatetur nō fuisse permutationem. Nec obstat quòd ibi tunc demū agitur de conditione ob causam, cum res est euicta, quia ibi factum fuit propositum scilicet rem fuisse euictam, vnde Imperator dicit, quòd si verum est, quòd res est euicta, poteris agere de euictione, vel condictione ob causam, non tamen negatur, quòd si ante euictionem probatur aliena nō possit agi cōdictione ob causam, cum eadam sit causa, & ratio actionis, quinimò id credere poteris, quod

Digitized by Google

quod si in permutatione de natura cõtractus nõ esset dominij translatio, re bona fide tradita,& euicta, non posset agi condictione ob causam: quia fuit secuta & promissa fuerunt obseruata ageretur tamen de euictione ad exemplum emptiouis, *vt in d.l.1.& in l.2.ff.eo.* quod tamen asseueranter pro nunc non affirmo. Item etiamsi arg.† à contrario sensu sit apertissimum 63 *vt l. si quis locuples. infra de manu. test. & ibi Bar.* de cuius tex. intellectu ego satis dubito, tamen verum hoc est, quòd tale arg. non habet locum, quando ius in contrarium reperitur, *vt latè per Bart. in l. omnes populi in vlti. charta col. 3,* ratio est, quia coniecturatè assumitur tale arg. *vt l. apud antiquos. in princ. C. de furtis.* Vnde cum cõtrarium iure probetur, coniecturę non habent locum & cessant *vt l. continuus §. cum ita, in fi. infra de ver. oblig.* ¶ Non ob. tex. *l. si permutationis. C. de euict.* vbi rebus euictis competit de euictione actio, fateor, quòd ad hoc, vt actio de euictione competat, requiritur quòd res sint euictæ, & ita loquitur text. ille: ratio, quia de euictione actio oritur, rebus euictis, sed nos loquimur de præs. verb. actione, & condictione ob causam, quæ actiones habent causas suas, etiam ante euictionem, vt supra dictum est. ¶ Non obstat tex. *in c. cum venerabilis extra de except.* vbi à domino, vel ab eo qui loco domini habetur, potest permutatio celebrari, quia in hoc credo ita considerandum: aut enim nos loquimur in rebus, quorum dominium est a- 64

A contrario sensu argumentum quando procedat.

Obiectiones.

natura requiritur dominij translationem, & ita loquũtur iura ciuilia, *vt in d. l. 1. ff. eo.* ant nos loquimur in rebus spiritualibus, vel ecclesiasticis in quibus non cadit vera proprietas. Sed quia eâdem commutari decet ius canonicum, introduxit modum permutandi in his, quas commutationes ad similitudinem iuris ciuilis, permutationes appellat *vt per totum titulum de rerum permu. in decreta. & in c. vno eo. tit. lib. & in Clementinis.*

¶ Vnde si nos loquimur in profanis, cum agitur de permutatione, agitur de dominii translatione. Sed in his loquimur, in quibus verum dominium non cadit, sat est quod habeatur loco dominii, qui permutationem facit, & ita loquitur tex. ille, & isto modo intellexit glo. ibi in verbo, *loco domini:* dicit enim Bernardus hæc verba *loco domini.* Hoc ideò dicit, quia qui dat alienam rem contrahit permutationem, *vt l. 1. ff. eo.* ita dicit glo. vnde, prout in his in quibus cadit dominium, aliena res non facit permutationem, ita in his in quibus ex qualitate rei non sumus domini, vt valeat permutatio, necesse est quod habeamus ius in re ex quo habeamur loco domini, & ita ibi do. Abb. sing. fatetur quod permutatione simpliciter facta, in dubio intelligitur actum, vt dominium transferatur. Hoc tamen intellige in rebus profanis vel ecclesiasticis, dum possumus habere rerum dominium. Si autem est res in qua habeamus aliud ius ex natura rei,

ius,

vt in beneficiis, tunc id censetur actum, vt id ius permutemus, quod in ea re solet haberi. Ergo si non habes rectè beneficium & commutasti illud, commutatio non valet, ita *Abb. ibidem. & cæteri quos refert.* Ex quibus constat, quod alienæ rei permutatio non est valida: ergò agere possum, & conditione ob causam & actione præs. verbo. si ego dedi propriam, & tu alienam.

¶ Non ob. tex. *in l. sequitur. §. sed si seruum infra de vsucap.* quia etiamsi de re aliena non valeat permutatio per superiora; si tamen ex causa permutationis tradidisti rem alienam; si aliena est, nõ potest efficere permutatio quod meam feceris, cum id, quod non habes in alium trãsferre non possis, *l. traditio de acqui. rerum do. c. quod autem de iure patro.* Sed etiam ista inualida permutatio hoc facit, vt ex isto titulo ego eam rem possum vsucapere, ratio quia quo ad intentionem fuit permutatio, cuius titulus est iustus ad vsucapionem, exemplo emptionis: *Ita loquitur tex. in d. l. sequitur.*

Dare alteri non possum, quod ipse non habeo.

¶ Non obstat Irne. ratio quia re euicta, fingitur retrò non esse permutatum, *vt in d. l. datio.* ergo interim tenui: nam ego nego præsuppositum, ex quo corruit consequentia, quia etiam si in emptione sit verum quod fingatur non fuisse emptionem de quo non disputo: Sed ratio est; quia nihil naturæ contractus obstat: cum enim tradere teneatur verum est, quod tradidit, & ideò vera emptio: re tamen

tamen euicta, fingitur non esse emptam *vt in d. l. datio.* Sed hoc in permutatione esse non potest nam cum de natura permutationis sit transferre dominium: si non transtulisti non ꝑmutasti, nec id, de quo agitur adimplesti, vt dicit Abb. *in d. c. venerabilis*, & fuit sententia & Pauli & Pedij. Vnde est impossibile, quod re euicta fingatur non esse permutatum: nam id verum est: ergò non fictum. Hoc suasiuè satis probatur, quia in d. l. 1. infra de rerum permu. dicitur, de euictione agendum, & tamen in eadem l. dicitur, alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem, ergò si de euictione actio probat alienæ rei permutationé valere, vt Irne. credit: sequitur legem sibi cótrariam, ideò dicendum, quòd de euictione actio non probat alienæ rei permutationem constare, ne demus Paulum, & sibi, & Pedio, quem refert, contradixisse. Hæc dixi pro defensione Pedij Iureconsulti, quem si rectè nó
65 defendo, voluissem saltem. ¶ Ex superioribus resultat dubium, quare est, quòd cum permutatio sit contractus nominatus, *vt §. item precium. Institut. de emptione & vendi. & supra conclusum èst.* Videmus tamen in permutatione habere locum condictionem ob causam, *vt in d. l. 1. C. de rerum permu. & l. 1. in fi. ff. eo. & l. fi. infra de con. ob causam.* Sed in contractibus nominatis non habet locum condictio ob causam, *vt in d. l. fi. & in l. in ciuile. C. de rei vend.* Respondeo, quod etiam si passim dicatur in permutatione habe-

Digitized by Google

habere locum condictionem ob causam: tamen hæc propositio nõ est omninò vera, quia si est permutatio, non potest habere locum condictio ob causam: ratio est in prõptu: nam aut tu vis, quod ab vtraq; parte sit res data, & tunc non habet locum condictio: aut est tradita aliena res ab vna parte: & propria ab alia, & tunc nõ est permutatio, *vt supra:* aut vis quòd ex altera parte tãtum res sit data, & etiam tunc non est permutatio, vnde si alter nõ velit rem dare, agitur condictione: non tamen est verum, quòd est permutatio: ergò falsum, quòd in permutatione agitur condictione ob causam, quia (vt supra satis disputauimus) permutatio habet nomen ab executione. ¶ Hinc etiam concludi potest, quòd in permutatione non habet locum pœnitentia, quia permutatio est cõtractus nominatus, & nomen habet à re non integra: nec ergò ex capite pœnitentiæ potest competere condictio ob causam, qui, si ex vtraq; parte permutatio facta est, nõ potest habere locum pœnitentia *vt in vulgata. l. si pecuniam. de con. ob causam,* Fatendum verò est, quod dum agimus de permutando, & est conuentio do vt des, habet locum condictio ob causam, ex capite causæ non secutæ & ex capite pœnitentiæ, *& ita loquitur l. 1. in fi. de rer. permu. & l. fi. de con. ob causam fu. all.*

An Pœnitentia in permutatione locũ habeat.

¶ Nota præterea ex glossa nostra differentiam inter contractus qui re contrahuntur & ipsam permutationem: quia contractus qui 66

re con-

accepit restituenda tenetur. Ecce ergò ratio erit ista, quare dicatur re contrahi, quia obligatur de eadem re restituenda: Sed in permutatione non viget eadem ratio: ergo non contrahitur re. Eãdem rationem inuenies *in eadem lege in §. creditor. & in §. praeterea. Insti quibus mo. re contra. ob & in §. creditor. eod. tit.* vbi Imperator haec verba ponit, *creditor quoque qui pignus accepit re obligatur : quia & ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur.* Constat ergo eorum rationem esse satis congruam, & eam aliquo modo voluit sentire gloss. *Instit. quib. mo. re contra. in prin.*

¶ Ex quo corolariè infero rationem quare dicantur Isti contractus contrahi re scilicet quia agitur de ea re restituenda siue in genere vt in mutuo: siue in specie vt in comodato & deposito. Sed contra istam rationem argui potest: videmus (si acrius perpendamus) quod ea ratione in his contractibus re dicitur contrahi quia res datur nõ autẽ quia res restituitur: *patet ex lege obligamur. infra. de act. obl. & act.* Vbi declaratur quando dicimur re obligari, & quando verbis: & quando iunctim re & verbis: & dicit Modesti. re obligamur cum res ipsa interuenit: verbis cum interrogationem subsequitur responsio: re & verbis pariter obligamur cum res & interrogatio interuenit. Item consentientes in aliquã rem ex cõsensu obligamur. Si haec ergo recte animaduertas: videtur probari quod

re cōtrahi, quia res ipsa interuenit in ipso cōtractu. Sed etiamsi verum sit hac ratione appellationem esse sumptam: non est negandū, quòd in his contractibus id agatur, vt idem in specie, vel in genere restituatur, & hoc fuit de mente glo. nostræ. *hic & in princ. insti. quib. mod. re contra. ob.* etsi in alio non rectè loquatur. Vnde in hoc potest stare differentia doctorum, inter permutationem & contractus, qui re contrahuntur. Sed videntur obstare duo. Primum est, quod in condictione indebiti, in quo re contrahitur *l. §. item is qui. Instit. eo.* solui potest interesse *vt l. si non sortem. §. si libertus infra de con. inde.* Ergò hæc non est bona differentia, cum in permutatione sit idem. Item ego video, quòd contractus innominati sunt verè contractus *vt l. Labeo. §. contractus de verb. sig.* Sed omnis obligatio quæ ex contractu nascitur ex re, aut ex verbis, aut ex literis, aut consensu: permutationis ergò obligatio nascetur ex re, probatur consequentia, quia non nascitur ex verbis, nec ex literis, vt patet, nec ex consensu, *vt l. 1. §. itē empt. infra de rerū permu.* Ex quo arg. sequitur quod etiam omnis contractus innominatus contrahitur, vno de quatuor supra enarratis modis: Ideò ita resoluendum credo, quod illa obligationum diuisio intelligitur de contractibus nominatis, quòd fatetur hîc Bal. vnde etiam si in obligatione interueniat res: si tamen contractus non est innominatus, nō dicetur re contrahi, quia illa species

Obiectiones duæ.

70 est contractuum nominatorum. ¶Sed quare est, quod permutatio, non contrahitur re. Respondeo quia si nos consideramus permutationem infieri tunc non est permutatio & ideo si dedi vt dares stat in isto nomine generali conuentionis, scilicet do vt des vnde non potest re contrahi: si vero permutatio est perfecta & inesse producta, non est possibile, quod re contrahatur obligatio, quia ex vtraque parte seruatum est quod fuit promissum, & ideo non habet locum obligatio, prout in simili dicemus infra in donatione & hæc est verissima ratio, omissis rationibus glossæ & doctorum.

¶Non obstat tex. *l. 1. §. is quoque supra alle & §. creditor. & §. præterea. Insti. quib. mod. re con. ob.* quia ibi non ponitur ratio quare re contrahatur, sed illa ratione præsupposita, ponitur ratio obligationis, quare censeatur quis obligatus. Itaque illa ratio versatur ad obligationem, non tamen ad causam obligationis re: vel poteris dicere quod simul sit ratio, nam ideo tenetur re quia rem accepit quam præstare tenetur. Item ad l. si non sortem. §. si libertus. potest responderi, quod idest accidentale, non ex natura contractus.

71 ¶Vlterius in secũda parte glo. dicit, quod donatio olim erat contractus in nominatus: hodie vero est nominatus, quia illi sunt contractus nominati qui solo cõsensu contrahuntur, *vt l. 1. §. item emptio. infra.* de rerum permut. et donatio hodie solo consensu con-

Digitized by Google

su contrahuntur, vt *l. quis argentum. §.fi. C.de do.* ergo est contractus nominatus, & ita firmat glo.*hic cum opi. Io. idem tenet glo.l.fi.de condit.ob cau. infra.& in l.in ædibus.§.1.de dona.& alibi.* Bar.tamen *in d.l. in ædibus. & hic & cum loquitur in ista materia,* semper tenet contra glossam. Immò quod olim esset nominatus. & ipse concludit quoq; hodie non est factus, ¶ Pro Bar. facit, nam il- 72
le dicitur contractus nominatus, qui non stat in nomine generis, *vt not.in rubri.C.de rerum per-mu.* sed donatio est nomen elegans & specificum, *vt videmus* ergo est nominatus. ¶ Secundò 73
in contractibus innominatis locus est pœnitentiæ, *vt l.si pecuniam. infra de condi. ob cau.* Sed in donatione non est locus pœnitentiæ, *vt.l.Arist. de dona. infra ergo non est innominatus.* ¶ Tertio aut donatio fit traditione, & statim quòd est in esse deducta habet effectum & nomen, vt mutuum: depositum, & commodatum, ergo erit nominatus: aut fit stipulatione, & tunc non possumus negare esse nominatum, quia stipulatio est contractus nominatus, *vt l. 1. in fi. su. eo* Hæc sunt argumenta Bart. ex quibus ipse & Paul. Alex.& Ang. sunt in ista opinione. ¶ Sed 74
Iaco.Bu.Bal.Raphael. Fulgo. Io.de Imo. & Albe.& Moderniores sunt in contraria opi. imo quod olim, & hodie esset contractus innominatus & principaliter fundantur in hoc quòd donatio non sit nomen elegans & specificum, imo quod habeat nomen generis, significat e-

nationem simplicem, & donationem ob causam & donationem causa mortis, & etiam legatum *l. alienarum. §. donationis infra de verborum sig.* Item comprehendit dotem, *vt l. si. in princip. C. de iure do.* Ergò non erit contractus nominatus, *ex not. in Rub. C. de rerũ Rerũ.* præsertim hoc addito à Modernis, quod legatum ita definitur:

Legati definitio,

legatum est quædam donatio testamento relicta, *vt l. legatum de leg. 2.* sed cum definitio constet ex generis & specierum differentijs, *vt notatur in l. omnis definitio de re. iu.* ergò ibi donatio stat loco generis, Hæc sunt quæ in effectu à doctoribus in hac quæstione dicuntur. ¶ Certè si eam solertiam & indaginem in hoc adhibuissent, quæ suæ æquaretur auctoritati: non adeò dubitarem, nec inuestigationi nostræ hic dubius relinqueretur locus. Dubitamus enim an vtrique benè dicant: quia cer-

75 tè ego ignoro an donatio † sit contractus, Et quod nõ sit contractus videtur probari: quia, siue vno modo, siue alio contractum sumamus, saltem exigit alterius cõtrahentium obligationem *vt l. labeo. §. contractus. de. verbo. sig.* nã vbi nulla est ex natura rei obligatio, ibi nõ dicitur contractus: at si dicas contractum facti esse, & ideo sine iure, id est sine obligatione stare posse: *vt in l. consilio. in fine infra. de cu. fu.* fateri tamen necesse est, id esse factum contractus, vt de obligatione *agatur, vt leg. non omnis. si cer. peta. infra. leg. obligationum substantia de actio. ob. infra.* Sed ego video, quòd in donatione nulla po-

la potest cadere obligatio, quia secundùm Bart. & omnis donatio dicitur ab executione, idest à doni datione, *vt l. senatus. §. doni datio. de do. cau. mor.* Sed si donum dedisti, nec te obligasti, quia ad obligationem non agitur, nec donatarium obligare potuisti, quia in donationem non cadit talis obligatio, *vt l. Aristo. eod. tit. infra.* constat ergo donationem secundùm terminos Bar. non esse contractum: quòd si cõtractus non est, nec nominatus, nec innominatus esse potest. Patet tamen contra hoc arg. quãdo donatio fit stipulatione, nam tunc est cõtractus, respondebo infra: id tamen pro nunc consideres, quòd Bart. varius videtur, nam si ex stipulatione, sine ipsa datione dicitur donatio, non est verum, quod donatio habeat nomen & esse ab executione: nam si ab executione nominatur, est impossibile, quòd stipulatio efficiat ipsum contractum executiuum *l. si tibi x. infra eodem.* ergo sola stipulatione non potest habere nomen, de quo infra dicam.

¶ Item hoc suadetur per definitionem aut descriptionem donationis, quæ re vera non sonat contractum: est namque donatio propriè cum dat aliquis ea mente, vt statim accipientis fieri velit, nec vllo casu ad se reuerti, & propter nullam aliam causam facit, quàm vt liberalitatem & munificentiam exerceat: Perpensa ergò hac desciptione, patet donationem non sapere naturam necessariam 76

contractuum , cum sola liberalitatis actione consistat. Facit, quia titulus de dona. non ponitur sub vniuersali tractatu obligationum aut contractuum, nec inter titulos contractuum. Item nec re nec literis nec verbis contrahitur, *vt patet in institutionibus.* Imo ponitur inter genera acquisitionum non autem inter contractus vt in prin. Insti. de do. vbi dicitur : est & aliud genus acquisitionis donatio &c. Sed si dixeris sub titulo de verbo, etiam donationem comprehendi quia fit stipulatione: respondeo quod stipulatio est contractus: non ipsa donatio, quæ ex stipulatione resultat, nam si donatio esset species contractus, non fieret stipulatione sed per se.
77 ¶ Item pro tertio fundamento facit, nam videmus quod eo modo quo mutuum habet nomen ab executione ita & donatio: tamen si in ipsa numeratione pecuniæ adiicias stipulationem si est stipulatio, non est mutuum *vt l. cum enim. cum. l. præcedenti. infra de noua.* Sed videmus quod simul est donatio & stipulatio , quando per stipulationem donationis gratia promitto. *l. 2. infra de dona. & infra latius probabitur*: ergo donatio per se non est contractus. At si dicas quod stipulatio & mutuum videntur concurrere posse, *vt l. obligamur. in prin. infra. de act.* fateor quando id agitur non tamen censetur id actum *vt in d. l. cum enim*: Sed in donatione est necessarium quod sit donatio si est verborum obligatio, at si non est verborum obligatio non est donatio *vt in d. l. 2.*

¶Quarto

¶Quartò vrgere in hanc sententiam videtur, 78
quia nullum credo esse contractum nominatum in mundo, maxime secundùm doctorum opinionem: qui ad sui valetudinem exigat stipulationem. Imò hoc est verum quod in contractibus innominatis adiicitur stipulatio, vt contractus habeat nomen & efficaciam *vt l. ex placito. C. de rerum permu. cum similibus.* Aut ergo loquimur in donatione quando donum actu datur, & tunc constat non esse contractum, quia sui naturâ non capit obligationem: Aut loquimur de donatione quæ fit promissione, & tunc de Iure digestorum vt esset donatio erat necessarium quòd fieret stipulatione, vt expressum habes. *l. si quis argentum. C. de do. §. fi.* Aut si fieret alio contractu fiebat contractu, alias efficaci *vt infra dicam.* Ex hoc ergò constat donationem non habuisse quæ habent omnes alii contractus nominati imò ea habuisse quæ contractus nominati naturæ repugnant: Sed patet donationem si tamen Contractus esset, esse nominatam, quia non stat in nomine solo conuentionis, ergo hoc non ex defectu nominis sed ex eo quod non est contractus obuenire dicetur.

¶Quinto: donatio regulariter fit doni ipsa datione, *vt in d. l. senatus. §. donatio:* vbi ita describitur, vt executione ipsa fiat. Sed tunc non est contractus, quia nullus obligatur, ergò regulariter non est contractus. Fateor

Digitized by Google

verò quòd si altius rem examines, eadem regula causatur, vt ex stipulatione resultet do-
79 natio, *vt infra videbis.* ¶ Sextò facit, nam ego teneo, quòd donatio potest fieri pollicitatione, *vt probatur in l. si quis argentum. §. fi. C. de dona. & §. perficiuntur. insti. eo. & l. si C. ad Vel. de quo latissime dicam. in §. sed cum nulla. infra. ea lege:* ergo non est contractus, quia nullus est contractus in mundo, qui non exigat duorum conuentionem *vt l. i. §. adeo. su. eo.* at pollicitatio est solius offerentis promissio, *vt leg. pactum. de pol. infra.*

Pollicitatio quid.

¶Septimò hoc videtur probari, quia in locato & conducto, in emptione, in acceptilatione, in pacto de non petendo, consistit donatio, *vt l. Aquilius Regulus. & l. in aedibus. & l. si stipulatum. infra de donatione.* patet ergò, quòd non sit contractus nominatus, quia in his cōsistit iure. digest. non quòd sit contractus per se, sed quia in his contractibus habet efficaciam ipsa donatio, quæ est liberaliter facta con-
80 cessio. Sed si dixeris, quòd ex hoc non probatur non esse contractum, imò etiam probatur, quia probatur, quòd non sit contractus nominatus, qui habeat propriam speciem: nam si propriam haberet, in aliena specie non consisteret. Item si esset innominatus contractus, non haberet nomen, sed staret in solo nomine conuentionis: vnde diceremus cōuentionē esse in locato, & nō donationē esse in locato, sed dicimus: ergò nec est innominatus. ¶ Octauò facit ratio, quam assumo *ex lege si quis*

si quis argentum. §. si. in fi. vbi dicitur quòd antiquitus ipsa traditione perficiebatur donatio, hodie verò sola liberalitate: itaque ipsa liberalitate perfectissima cõstituta, habet necessarium traditionis effectum, ita tex. si ergo antiquitus ad perfectionem donationis requirebatur traditio, sequitur non esse contractum, quia si semel traditur, nec est obligatio, nec contractus, *vt l. Aristo. eo. ti.* traditione enim omnia sunt absoluta. Item hodie perfectio, quæ constat ex sola liberalitate, successit in locum traditionis. Sed traditio non efficiebat essentiam contractus ergò nec perfectio hodierna. Imò credo, quòd cum liberalitas consistat in animo vnius, ita & ab vno fieri potest sine contractu. Vides enim, quòd omnia iura, quæ dant actionem ex pacto nudo, id exprimant tanquam speciale *vt l. frumenti. C. de vsuris. l. etiam. ff. eo.* tamen in illa lege si quis argentum, in eo quod hodie disponitur, nullũ verbum de pacto nudo, nec de contractu, sed quòd sola liberalitate & pollicitatione habeat locum donatio, ex quo videtur constare, non esse contractum.

¶ Nonò facit id argum. quod adducunt doctores contra Bart. & sequaces (ego enim cõtra vtrosque adduco) Legatum namque est species donationis *vt l. legatum. la. picola de leg. 2.* Legatũ est donatio. Item donatio etiam comprehendit donationem causa mortis, *vt insti. eo. in princ. & l. 1. in primis verbis. eo. tit. infra & ibi glo.* Sed nec legatum,

quòd contractus re dicuntur à re in contractu interueniente: non autem à re restituenda. Hoc constat, quia dicitur re contrahi, quia res intercedit. Item sicut verborum obligatio dicitur à verbis, in contractu interuenientibus, & obligatio ex consensu, à consensu, ex quo perficitur contractus: ita re contractus, dicitur à re interueniente in ipso cōtractu, nō ergo à re restituenda. Item hoc probatur, quia si consideretur res restituenda, magis erit cōtractus qui consensu constet, quam re: patet, quia de re restituenda solum cōsentimus, nec interuenit res, quia conuenimus de ea re restituenda: Præterea congruentius dicitur re contrahi à re quæ datur, quàm à re restituenda: quia omnes contractus qui re contrahuntur: habent nomen à re interueniente, vt depositum commodatum, pignus, & mutuum, vnde si res nō interuenit, ex conuentione de re restituenda est impossibile, quod deducantur in esse, *vt l. si tibi x. infra eo.* ergò ab eo, à quo habent nomen & esse, melius dicentur re cōtrahi. Item probatur *Instit. de oblig. quæ ex delicto §.* vbi ex re obligationem nasci, interpretari debet ex causa priori, non ex causa posteriori. Item probatur *l. 1. §. 1. de act. & obli. infra* vbi text. dicit, re cōtrahitur obligatio, veluti ex mutui datione, *idem Insti. eo. in prin.* patet ergò quod ex ipsa datione dicitur, re contrahi, non autem
69 ex eo, quòd ea res restituenda sit. § Ex his credo verum, quod ea causa dicuntur contractus

re con-

Digitized by Google

re cōtrahi, quia res ipſa interuenit in ipſo cōtractu. Sed etiamſi verum ſit hac ratione appellationem eſſe ſumptam: non eſt negandū, quòd in his contractibus id agatur, vt idem in ſpecie, vel in genere reſtituatur, & hoc fuit de mente glo. noſtræ. *hic & in princ. inſti. quib. mod. re contra. ob.* etſi in alio non rectè loquatur. Vnde in hoc poteſt ſtare differentia doctorum, inter permutationem & contractus, qui re contrahuntur. Sed videntur obſtare duo. Primum eſt, quod in condictione indebiti, in quo re contrahitur *l. §. item is qui. Inſtit. eo.* ſolui poteſt intereſſe *vt l. ſi non ſortem. §. ſi libertus infra de con. inde.* Ergò hæc non eſt bona differentia, cum in permutatione ſit idem. Item ego video, qnòd contractus innominati ſunt verè contractus *vt l. Labeo. §. contractus de verb. ſig.* Sed omnis obligatio quæ ex contractu naſcitur ex re, aut ex verbis, aut ex literis, aut conſenſu: permutationis ergò obligatio naſcetur ex re, probatur conſequentia, quia non naſcitur ex verbis, nec ex literis, vt patet, nec ex conſenſu, *vt l. 1. §. itē empt. infra de rerū permu.* Ex quo arg. ſequitur quod etiam omnis contractus innominatus contrahitur, vno de quatuor ſupra enarratis modis: Ideò ita reſoluendum credo, quod illa obligationum diuiſio intelligitur de contractibus nominatis, quòd fatetur hîc Bal. vnde etiam ſi in obligatione interueniat res: ſi tamen contractus non eſt innominatus, nō dicetur re contrahi, quia illa ſpecies

Obiectiones duæ.

ſu contrahuntur, vt *l. quis argentum. §. fi. C. de do.* ergo eſt contractus nominatus, & ita firmat glo. *hic cum opi. Io. idem tenet glo. l. fi. de condit. ob cau. infra. & in l. in ædibus. §. 1. de dona. & alibi.* Bar. tamen *in d. l. in ædibus. & hic & cum loquitur in iſta materia,* ſemper tenet contra gloſſam. Immò quod olim eſſet nominatus. & ipſe concludit quoq; hodie non eſt factus, ¶ Pro Bar. facit, nam il- 72
le dicitur contractus nominatus, qui non ſtat in nomine generis, *vt not. in rubri. C. de rerum permu.* ſed donatio eſt nomen elegans & ſpecificum, *vt videmus* ergo eſt nominatus. ¶ Secundò 73
in contractibus innominatis locus eſt pœnitentiæ, *vt l. ſi pecuniam. infra de condi. ob cau.* Sed in donatione non eſt locus pœnitentiæ, *vt. l. Ariſt. de dona. infra ergo non eſt innominatus.* ¶ Tertio aut donatio fit traditione, & ſtatim quòd eſt in eſſe deducta habet effectum & nomen, vt mutuum: depoſitum, & commodatum, ergo erit nominatus: aut fit ſtipulatione, & tunc non poſſumus negare eſſe nominatum, quia ſtipulatio eſt contractus nominatus, *vt l. 1. in fi. ſu. eo* Hæc ſunt argumenta Bart. ex quibus ipſe & Paul. Alex. & Ang. ſunt in iſta opinione. ¶ Sed 74
Iaco. Bu. Bal. Raphael. Fulgo. Io. de Imo. & Albe. & Moderniores ſunt in contraria opi. imo quod olim, & hodie eſſet contractus innominatus & principaliter fundantur in hoc quòd donatio non ſit nomen elegans & ſpecificum, imo quod habeat nomen generis, ſignificat e-

nationem ſimplicem, & donationem ob cauſam & donationem cauſa mortis, & etiam legatum *l. alienarum. §. donationis infra de verborum ſig.* Item comprehendit dotem, *vt l. ſi. in princip. C. de iure do.* Ergò non erit contractus nominatus, *ex not. in Rub. C. de rerũ Rerũ.* præſertim hoc addito à Modernis, quod legatum ita definitur: legatum eſt quædam donatio teſtamento relicta, *vt l. legatum de leg. 2.* ſed cum definitio conſtet ex generis & ſpecierum differentijs, *vt notatur in l. omnis definitio de re. iu.* ergò ibi donatio ſtat loco generis. Hæc ſunt quæ in effectu à doctoribus in hac quæſtione dicuntur. ¶ Certè ſi eam ſolertiam & indaginem in hoc adhibuiſſent, quæ ſuæ æquaretur auctoritati: non adeò dubitarem, nec inueſtigationi noſtræ hic dubius relinqueretur locus. Dubitamus enim an vtrique benè dicant: quia cer-

Legati definitio.

75 tè ego ignoro an donatio † ſit contractus. Et quod nõ ſit contractus videtur probari: quia, ſiue vno modo, ſiue alio contractum ſumamus, ſaltem exigit alterius cõtrahentium obligationem *vt l. labeo. §. contractus. de. verbo. ſig.* nã vbi nulla eſt ex natura rei obligatio, ibi nõ dicitur contractus: at ſi dicas contractum facti eſſe, & ideo ſine iure, id eſt ſine obligatione ſtare poſſe: *vt in l. conſilio. in fine infra. de cu. ſu.* fateri tamen neceſſe eſt, id eſſe factum contractus, vt de obligatione agatur, *vt leg. non omnis. ſi cer. peta. infra. leg. obligationum ſubſtantia de actio. ob. infra.* Sed ego video, quòd in donatione nulla po-

Digitized by Google

la potest cadere obligatio, quia secundùm Bart. & omnis donatio dicitur ab executione, idest à doni datione, *vt l. senatus. §. doni datio. de do. cau. mor.* Sed si donum dedisti, nec te obligasti, quia ad obligationem non agitur, nec donatarium obligare potuisti, quia in donationem non cadit talis obligatio, *vt l. Aristo. eod. tit. infra.* constat ergo donationem secundùm terminos Bar. non esse contractum: quòd si cōtractus non est, nec nominatus, nec innominatus esse potest. Patet tamen contra hoc arg. quādo donatio fit stipulatione, nam tunc est cōtractus, respondebo infra: id tamen pro nunc consideres, quòd Bart. varius videtur, nam si ex stipulatione, sine ipsa datione dicitur donatio, non est verum, quod donatio habeat nomen & esse ab executione: nam si ab executione nominatur, est impossibile, quòd stipulatio efficiat ipsum contractum executiuum *l. si tibi x. infra eodem.* ergo sola stipulatione non potest habere nomen, de quo infra dicam.

¶ Item hoc suadetur per definitionem aut descriptionem donationis, quæ re vera non sonat contractum: est namque donatio propriè cum dat aliquis ea mente, vt statim accipientis fieri velit, nec vllo casu ad se reuerti, & propter nullam aliam causam facit, quàm vt liberalitatem & munificentiam exerceat: Perpensa ergò hac desciptione, patet donationem non sapere naturam necessariam 76

contractuum, cum sola liberalitatis actione consistat. Facit, quia titulus de dona. non ponitur sub vniuersali tractatu obligationum aut contractuum, nec inter titulos contractuum. Item nec re nec literis nec verbis contrahitur, *vt patet in institutionibus.* Imo ponitur inter genera acquisitionum non autem inter contractus vt in prin. Insti. de do. vbi dicitur: est & aliud genus acquisitionis donatio &c. Sed si dixeris sub titulo de verbo, etiam donationem comprehendi quia fit stipulatione: respondeo quod stipulatio est contractus: non ipsa donatio, quæ ex stipulatione resultat, nam si donatio esset species contractus, non fieret sti-
77 pulatione sed per se. ¶ Item pro tertio fundamento facit, nam videmus quod eo modo quo mutuum habet nomen ab executione ita & donatio: tamen si in ipsa numeratione pecuniæ adiicias stipulationem si est stipulatio, non est mutuum *vt l. cum enim. cum. l. præcedenti. infra de noua.* Sed videmus quod simul est donatio & stipulatio, quando per stipulationem donationis gratia promitto. *l. 2. infra de dona. & infra latius probabitur*: ergo donatio per se non est contractus. At si dicas quod stipulatio & mutuum videntur concurrere posse, *vt l. obligamur. in prin. infra. de act.* fateor quando id agitur non tamen censetur id actum *vt in d. l. cum enim*: Sed in donatione est necessarium quod sit donatio si est verborum obligatio, at si non est verborum obligatio non est donatio *vt in d. l. 2.*
¶Quarto

Digitized by Google

¶Quartò vrgere in hanc sententiam videtur, quia nullum credo esse contractum nominatum in mundo, maxime secundùm doctorum opinionem: qui ad sui valetudinem exigat stipulationem. Imò hoc est verum quod in contractibus innominatis adiicitur stipulatio, vt contractus habeat nomen & efficaciam *vt l. ex placito. C. de rerum permu. cum similibus.* Aut ergo loquimur in donatione quando donum actu datur, & tunc constat non esse contractum, quia sui naturâ non capit obligationem: Aut loquimur de donatione quæ fit promissione, & tunc de Iure digestorum vt esset donatio erat necessarium quòd fieret stipulatione, vt expressum habes. *l. si quis argentum. C. de do. §. fi.* Aut si fieret alio contractu fiebat contractu, alias efficaci *vt infra dicam.* Ex hoc ergò constat donationem non habuisse quæ habent omnes alii contractus nominati imò ea habuisse quæ contractus nominati naturæ repugnant: Sed patet donationem si tamen Contractus esset, esse nominatam, quia non stat in nomine solo conuentionis, ergo hoc non ex defectu nominis sed ex eo quod non est contractus obuenire dicetur.

¶Quinto: donatio regulariter fit doni ipsa datione, *vt in d. l. senatus. §. donatio:* vbi ita describitur, vt executione ipsa fiat. Sed tunc non est contractus, quia nullus obligatur, ergò regulariter non est contractus. Fateor

 vero

verò quòd si altius rem examines, eadem regula causatur, vt ex stipulatione resultet do-
79 natio, *vt infra videbis.* ¶ Sextò facit, nam ego teneo, quòd donatio potest fieri pollicitatione, *vt probatur in l. si quis argentum. §. fi. C. de dona. & §. perficiuntur. insti. eo. & l. fi C. ad Vel. de quo latissime dicam. in §. sed cum nulla. infra. ea lege:* ergo non est contractus, quia nullus est contractus in mundo, qui non exigat duorum conuentionem *vt l. i. §. adeo. su. eo.* at pollicitatio est solius offerentis promissio, *vt leg. pactum. de pol. infra.* ¶ Septimò hoc videtur probari, quia in locato & conducto, in emptione, in acceptilatione, in pacto de non petendo, consistit donatio, *vt l. Aquilius Regulus. & l. in adibus. & l. si stipulatum. infra de donatione.* patet ergò, quòd non sit contractus nominatus, quia in his cōsistit iure. digest. non quòd sit contractus per se, sed quia in his contractibus habet efficaciam ipsa donatio, quæ est liberaliter facta con-

Pollicitatio quid.

80 cessio. Sed si dixeris, quòd ex hoc non probatur non esse contractum, imò etiam probatur, quia probatur, quòd non sit contractus nominatus, qui habeat propriam speciem: nam si propriam haberet, in aliena specie non consisteret. Item si esset innominatus contractus, non haberet nomen, sed staret in solo nomine conuentionis: vnde diceremus cōuentionē esse in locato, & nō donationē esse in locato, sed dicimus: ergò nec est innominatus. ¶ Octauò facit ratio, quam assumo *ex lege si quis*

si quis argentum. §. fi. in fi. vbi dicitur quòd antiquitus ipsa traditione perficiebatur donatio, hodie verò sola liberalitate: itaque ipsa liberalitate perfectissima cōstituta, habet necessarium traditionis effectum, ita tex. si ergo antiquitus ad perfectionem donationis requirebatur traditio, sequitur non esse contractum, quia si semel traditur, nec est obligatio, nec contractus, *vt l. Aristo. eo. ti.* traditione enim omnia sunt absoluta. Item hodie perfectio, quæ constat ex sola liberalitate, successit in locum traditionis. Sed traditio non efficiebat essentiam contractus ergò nec perfectio hodierna. Imò credo, quòd cum liberalitas consistat in animo vnius, ita & ab vno fieri potest sine contractu. Vides enim, quòd omnia iura, quæ dant actionem ex pacto nudo, id exprimant tanquam speciale *vt l. frumenti. C. de vsuris. l. etiam. ff. eo.* tamen in illa lege si quis argentum, in eo quod hodie disponitur, nullū verbum de pacto nudo, nec de contractu, sed quòd sola liberalitate & pollicitatione habeat locum donatio, ex quo videtur constare, non esse contractum.

¶ Nonò facit id argum. quod adducunt doctores contra Bart. & sequaces (ego enim cōtra vtrosque adduco) Legatum namque est species donationis *vt l. legatum. la. picola de leg. 2.* Item donatio etiam comprehendit donationem causa mortis, *vt insti. eo. in princ. & l. 1. in primis verbis. eo. tit. infra. & ibi glo.* Sed nec legatum, Legatū est donatio.

nec donatio causa mortis est verè contractus: de legato per se constat, de donatione etiam constabit, quia nulla est donatoris obligatio, cum pendeat ab eius voluntate. At si dicatur stipulatione fieri *vt l. mortis causa. & l. senatus. §. fi.* Fateor, & hoc probato non esse contractum de se, maximè quòd stipulationis vis incipit ab hærede, nec illa stipulatio habet vim contractus contra ipsum donatorem: Sed tantũ contra hæredem, quia ex eadem stipulatione probatur voluntas donatoris: itaque constat, quòd etsi donatio fieri possit per contractum,
Obiectio. tamẽ de essentia donationis non sit ꝙ fiat per-
81 cõtract. ergò donatio nõ est cõtract. ¶ Sed his obsistit fortiter id, ꝙ dicitur *in l. cum donatio. Cod. quod met. cau.* in hæc verba *cum donationis, vel stipulationis, vel venditionis, vel alterius cõtractus &c.* ecce ergò, quòd donatio est contractus, quòd glo. ibi & Bart. notant ex text. (Solutio, vel intelligimus, quod illa dictio alterius verificetur in venditione & stipulatione, & hoc magis placeret: vel si hoc durum tibi videtur, adaptabitur solutio sequens.) Item obstat text. *l. si quis emptionis. C. de præ. 30. vel 40. annorum.* vbi dicitur, quòd si quis emptionis, vel donatio. vel alterius cuiuscunq; cõtract. titulum habe-
82 at decẽnio præs. ¶ Respõdeo ꝙ etiã si velis, ꝙ dictio alterius tã referatur ad donat. quàm ad alios cõtract. ibi expressos, potest hoc modo intelligi. Et notandũ, ꝙ donat. est quędam actualis liberalitas, quæ cõsistebat in doni datione,

tione, ex qua re donatio appellata est: *vt colligitur ex l. 1. post pri. ff. eo. & l. senatus. §. donatio. sup. al.* Vnde est, quòd ipsa donatio perficiebatur ipsa traditione: si enim non tradebatur res, adhuc non dicebatur donatio: Sed quia stipulatio erat contractus inuentus, vt vnusquisque efficaciter alterum obligaret, & ex obligatione acquireret quod sua interest, *vt l. stipulatio ista §. alteri de verb. oblig. infra.* si tu per stipulationem promittis causam donationis centum, efficitur donatio, ratio, quia tua liberalitate te obligas ad illa centum, nam prout in ipsa datione consistit liberalitas, ex qua donatio appellata est, ita in obligatione liberaliter facta ex eadem ratione consistit donatio, quia liberaliter promittens, se constrinxit: quo fit vt talem stipulationem appellemus donationẽ, *vt l. 2. eo. titul. infra.* Item in locatione, venditione, & in pacto de non petendo, potest consistere donatio, quia in his consistit liberalitas, quando aliquid liberaliter conceditur, aut remittitur, *vt sup. dixi. per l. Aquilius. ff. eod. cum simi.* Adeò ꝙ hodie Imperator considerans naturã donationis, voluit, ꝙ, prout dona. est liberalitas suâ naturâ, ita possit fieri liberaliter pollicitatione simplici, vel pact: *vt l. si quis argen. §. si. & in d. §. perficiũtur, ex q. l. ista collegi.* ¶ Ex his ergò 83
videtur, ꝙ dona. sępè causatur per cõtract. q a cõtract. potest fieri liberalitate, nõ tamen dona. essentialiter est contractus, quia sine contractu potest esse, quando ergo fit per cõtract. Obiectio.

possu-

possumus eum appellare cõtractum, & ita appellant iura su.alle. ¶ Præterea non obstant argum.Bartol.primò cum dicit quòd donatio habet nomẽ elegans, ergò est contractus nominatus. Negatur consequentia, quia non probatur esse contractum: posito tamẽ quòd sit contractus,dubitatur an sit nomen elegãs, *de quo infra dicam*. Eadem responsio potest dari ad d.l. Aristo. quia si negamus esse contractũ, nihil probat: quinimò eadem lex probat non esse contractum,cum dicat: quod cum est donatio non habet obligationem. Itaque de natura donationis nõ est obligare: nam nec donatorem obligat, quia ipse dat, nec donatarium vt ibi. ¶ Sed quæ est ratio, quare ibi non habet locum pœnitentia. Respondeo, quia quando seruum dedi tibi, vt post quinquennium manumitteres, tibi fuit donatio facta scilicet vt per quinquẽnium seruum haberes, vnde iniquum esset,vt donationem ego reuocare possem:& ista est ratio, quare ante quinquennium non possum à te reuocare seruum, quia venirem contra donationem à me factã, & indecens est,quòd id quod dedisti causa donationis, reuocare possis: prout est hoc in omnibus alijs,siue contractus sint nominati, siue innominati, nam nec pactum nudum, rectè possem resoluere ipsa pœnitentia. Et ita respondebat Bald. hic, & Moderniores: tene ergò quòd non ea ratione, quia contractus sit nominatus, ibi cessat pœnitentiæ locus, sed quia

Digitized by Google

quia donationem ſemel factam non decet reuocare, per rationem generalem tex. *in l. fi.* C. *ad Velle. & in c. 1. de donatio. & conſtat etiam in l. ſi quis argentum. §. fi.* quæ quidem ratio habet locum, tàm in contractibus nominatis, quàm etiam in contractibus innominatis, dum non fiant reſpectu. ¶ Non obſtat tertium argu. cuius vtrumque membrum ſibi non conſtat, quia quando donatio fit ſtipulatione, probatur donationem non fore contractum nominatum, nam ſi nominatus eſſet, non exigeret ſtipulationem ad ſui valitudinem, *vt l. ex placito.* C. *de rerum permu.* Item quando fit executione, latè patet non eſſe contractum, quia nullam habet obligationem etſi diceres, eſt obligatio ad antidora? *vt l. ſed et ſi. §. conſuluit. de peti. hære.* dico quòd talis obligatio non conſideratur, quia etiam contractu ſoluto remanet, vt in mutuo remanet obligatio mutuandi mutuanti. Ergò talis obligatio non probat contractum ſtare. Item ſi quis diceret donator obligatur ad non reuocandum *vt l. 1. §. adeò ſu. eo. & ibi dixi.* Reſpõdeo, quod ex tali obligatione non cõſtituitur contractus, prout nos cõſideramus contractũ, probatur, quia in quolibet diſtractu, etiam ſolutis contractibus, remanet obligatio, de non veniendo contra id quod fuit factum vel conuẽtum, *vt in eo. §. adeó.* Hæc pẽſitabis, & id teneas quod tibi videbitur.

Obiect.

Donatarius ad antidora obligatur natura.

84 ¶ Vt tamen iſta melius declarentur, dubitãdum eſſet, cum hodie videamus donationis conuen-

tiò probatur ex verbis, *l. si quis argentum. §. si in his scilicet verbis. Sed liberalitate plenum, & secundùm legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis sequatur effectus.* Considerandа enim sunt ista verba, quia si conueniatur de donandò, ista conuentio est perfectissima & plena, sed id dicitur perfectissimum quo perfectius dari non potest *vt l. vbi autem. in prin. infra de verb. oblig.* ergò erit talis conuē. nominata: cum maximè perfectio in conuentionib. animaduertatur, vt conuētio sit nominata, *vt patet per tex. nostrum*, Item secundò considera illa verba, quod ex eo quòd illa conuentio est perfectissima, sequitur necessarius traditionis effectus, qui effectus dicitur esse obligatio, *vt patet in eius definitione*. Itaq; ex perfectione contractus causatur obligatio, non per legem propter contractum *vt Bal. credit*, effectus enim prouenit à perfectione, id est, quia est perfectus habet obligationem, *de quo satis latè dixi in l. legitima. su. eo. in glo. super exemplo donationis.* § Quartò probatur per verba Imperatoris *ex §. perficiuntur. insti. eo.* vbi dicitur quod talis conuentio habet plenissimum & perfectū robur, ex quo vt supra probaui) sequitur esse nominatū, cum in hoc consistat robur & perfectio, nā nominati habet obligationis robur. Item pondera illud verbum: *ad exemplum empt. in se habere robur.* Sed

Perfectissimum dicitur quo perfectius dari non potest.

a Perfectio, quam donationi Iustinianus Imperator inducit, cōsistit nō in eo, vt donatio sit contract. nominatus, qualis est empt. (nam innominati, æquè sunt pfecti, & tātum robur habent ad aliquē obligandum quantum nominati) sed eo respicit vt id quod donatoris cōuentioni olim deerat, actio videlicet, & obligatio hac sua cōstit. supleretur: Nascitur enim ex pacto donationis obligatio & actio efficax quod olim non fiebat. §, aliæ, Institut, de donatio. & l. si quis argentum C. eo. ff.

Sed emptio est nominatus, & vt nominatus habet robur *vt l. nostra.* Ergo & donatio. ¶ Vltimò contra Bart. ita potest argumentari, quia secundùm ipsum, donatio ipsa traditione dicitur contractus nominatus: nam habet nomen ab actu exequendi. Sed ego habeo, quòd eo modo quo antiquitus ipsa doni datione perficiebatur donatio, ipso eodem hodie ipsa conuentione perficitur, *ita dicit tex. in §. perficiuntur. Et in d. §. fi.* ergò prout antiquitus erat contractus nominatus, secundùm intentum Bart. quia ipsa datione doni erat perfecta donatio: ita hodie ipsa conuentione erit nominatus. ¶ Quinimò id forsan dicere potes, quòd antiquitùs donatio, quæ perficiebatur datione ipsa, nõ erat in ea obligatio, sed hodie, cum conuentione propria fieri possit & habeat cõuentionem & obligationem, dicetur contractus nominatus. Hoc tamen intellige, quando fit conuentione, secus si esset donatio ab executione incipiens. Ex his saluabis glossarum opinionem.

¶ Nec obstat primum argu. Bal. quòd etiam est de mente Bar. hîc: nam ego nego quòd detur actio propter pactum, sed datur ex pacto propter legis approbationem, *vt dicebam in tertio arg. & latißimè patet ex his, quæ dixi sup. in l. proxi. in exemplo donationis.* ¶ Nec obstat secundum argum. quòd donatio sit nomen generale, nam dum est contractus est speciale nomẽ contractus, nec stat in genere conuentionis, *vt di-*

vt dicebam in secundo argum. Et notatis in Rubrica de rerum permut. non est standum vt dicebam superius in materia permutationis.

¶ Subsequenter quærit Bart. qnare olim ex pacto nudo donationis non oriebatur actio, cum donatio fuisset contractus nominatus. Respondet quòd cõtractus nominati producunt actionem, eo ipso quòd sunt & nomẽ habent. Modò aduerte, quia quidam cõtractus denominãtur ab actu paciscendi seu conueniendi, quidam denominantur ab actu exequẽdi: si loqueris in primis, statim pacto facto habent nomen & producunt actionẽ. Exempli gratia, in emptione, venditione, locatione, conductione, societate, mandato, & similibus: si autem loqueris secundo modo, quando denominantur ab actu exequendi, non habent nomen, nisi facta executione. Exemplum in contractibus qui re contrahuntur, vt depositum, commodatum, mutuum, qui omnes ab actu exequendi denominãtur, vt patet ad sensum: & ideò si facio pactum de deponendo, vel de commodando, vel mutuando, non est contractus nominatus, nec actionem producit nisi cõtractus habeat suam essentiam, quæ ab executione capitur. Ex his infert ad propositum quæstionis, donatio enim est contractus nominatus, & habet nomen ab actu exequendi, quia idem est quod doni datio, *vt l. senatus. §. donatio. de do. cau. mor.* merito, si perueniebatur ad executionem, de iure ff. persi- 85

ciebatur contractus: Sed pactum de donando non est donatio, sed erat nudum, nisi stipulatione vestiretur. Hodie verò lege iuuatur, *vt l. si quis argentum*: & lex propter pactum producit actionem: Idem est in pignore *vt l. si tibi. §. de pignore. infra.* Idem in dote *vt l. ad exactionem. Cod. de dotis pro.* Sed in hoc differunt, quòd pactum de dote, & pactum de pignore pariunt actionem. Sed in pacto donationis, etsi detur actio ex lege, non tamen oritur ex
86 pacto hucusque Bar. ¶ Primò noto ex Bartol. quòd contractus nominati, eo ipso quòd sunt in esse, producti habent actionem. Sed oppono de contractu pignoris, qui non habet actionem, antequam solutio debiti sit facta *vt l. si rem §. omnis. de pig. ac. infra & ibi glo. & Bartol.* & tamen secundùm eundem Bart. est contractus nominatus, & patet *per l. fi. §. fi. su. eo. de his supra dixi in notabilibus*: tenendus tamen est is casus menti, quia pauci admodum & rari inueniuntur, in quib. sit orta obligatio sine actione, & quod orta sit obligatio à tempore dati pignoris patet *in §. creditor. l. 1. de oblig. & actio. & instit: quibus mo. re contrahi. §. creditor.*

87 ¶ Secundò colligo ex Bart. verbis, quòd nec pactum de donando, nec stipulatio, est donatio. secundùm ff. iura: nam si donatio denominatur ab actu exequendi, id est à doni datione, sequitur stipulationem nõ habere nomen: aut si ex stipulatione habet nomen: non habet nomen ab executione, contractus enim qui

Digitized by

qui ab executione habent nomen, non possunt stipulatione constare *vt l. si tibi in prin. infra eo.* Ex quo videtur Bar. varia sensisse *in l. in aedibus §. 1. infra de dona.* vbi tenet stipulationem esse donationem, quod in se verum est, vt supra vidimus. & nunc videbimus. ¶ Ego credo ita dicendum, quòd iure ff. quando quis stipulabatur donationis gratia, talis obligatio continebat donationem, quia ipsa necessaria stipulationis obligatione liberaliter te cõstrinxisti. Vnde donatio stipulatione perfici dicebatur *vt vides in l. si quis argentum. §. si.* Sed si pacto nudo promittebas, nulla erat donatio: ratio quia tale pactum est inutile, vnde nihil liberalitatis agebas. Sed si pactum feceris de non petendo, & si sit contractus innominatus, *vt notat glo. l. 1. de oblig. & actio.* tamen est donatio, quia datur iste effectus liberationis per exceptionem, vnde id liberaliter donasti. Ex quibus constat, quòd ff. iure, ipsa donatio per se non considerabatur vt contractus nominatus, sed tamen in his consistebat donatio. Eadem ergò ratione, hodie cum pactum donationis perfectum esse censeatur, dicitur perfecta donatio, quia verum est te liberaliter necessariò obligatum, in qua obligatione consistit donatio: *vt patet per legem si quis argentum. & in dicto §. perficiuntur.* vbi perfectæ appellantur, imò perfectissimæ donationes, in quibus donator sola conuentione se obligauit. Vnde hodie talis cõuentio etiã contract. no-

minatus appellabitur, cum caueatur lege, quòd donatio per propriam conuentionem fieri perfectè possit, quòd lege ff. adhuc non erat traditum. Constat ergò pactum donationis hodie esse donationem, & cōtractum nominatum vt supra visum est. ¶ Nec obstat arg. Bart. quòd donatio dicitur à doni datione, & sicut pactum de deponendo non est depositum, ita pactum de donando non est donatio, nam summum est rationis discrimen: quia etiam si donatio dicatur à doni datione, ista datio doni verificatur etiam in liberatione vel estimatione dationis: Qui enim liberat, dare dicitur, *l. si mulier. infra de condict. ob causam.* & ideò in acceptilatione stat donatio, imò in locatione, vt supra dictum est: eadem ergo ratione, cum conuentione efficaciter aliquid promittitur, causatur donatio, vnde perfecta appellatur donatio, *vt in d. §. perficiuntur*, sed hoc non habet locum in deposito.

Obiectio.

89 ¶ Sed stat subtilis dubitatio: an pactum de donando sit donatio? dubitationis causa est, quia non valet consequentia, promitto donare, ergo dono, *argu. l. si quis stipulatus de verb. oblig.* & ita videtur benè sentire ipse Bart. Nec obstat, si dicatur, quòd pactum donationis sit validum, *per l. si quis argentum. §. fi.* nam ideò est validum agens vult donare statim illo actu, vnde est donatio. Sed qui promittit donare, non eam mentem habet, vt illo actu donet, sed ad donationem futuram se refert ꝓmissio, ergò non

non est donatio *arg. l. si absent. de ac poss. infra.* ¶Sed his nō obstantib. ego credo quòd qui promittit donare, donet, nam donatio contrahi potest solo consensu, prout empt. venditio, *vt in §. perficiuntur. insti. eo.* Sed si promitto tibi vendere rem istam pro x. est emptio: patet, quia vtrunq; verbū est præs. temporis, & solo consensu contrahitur. Ergò est emptio, & eodem modo fit donatio. Hoc arg. vtitur glo. *in l. vendentis. C. de contrahē. empt.* quę tenet, quòd si dico volo vendere est empt. Præterea cum constet sola volūtate aut consensū fieri donationem, *vt supra, & latè patet in d. l. si quis argentū. §. fi.* sequitur donationem esse, cum quis promittit donare: quia in his, quæ solo animo demonstrato geruntur, si animus est liber, & patiens dispositum, in continēti agit, nec aliud opus est, nisi animum declarare, *vt refert Bar. se à Theo. habuisse in l. serui electione. de leg. 1. probatur per legem: per probatorem. aliàs incipit Paulus infra. de acq. hære. & l. iam dubitari infra de here. insti.* Si ergò Titio promittis donare cē. erit donatio, quæ cōcipitur in patiente disposito: & hanc conclusionem satis veram credo, si consideres verba Imperatoris *in eadem l. si quis argentum. §. fi.* intelligas tamen vt infra. Item, nisi fallor, vult ibi Imperator quòd etiamsi donatio conferatur in futurā collationem, vt si promitto me donaturum tibi centum, valeat pactum, & censetur esse donatio. Probatur primò cum dicit, quòd necessitas ex lege illa imponitur etiam

Animo solo quæ geruntur, statim, vbi animus demonstratur, gesta videntur.

tradere, quod donare existimauit: qui ergò donare existimauit, & hoc promisit tenetur illa promissione. Nec obstat, si dicas quòd verbum donare est præsentis temporis, nam cum sit infinitiui modi, etiam futurum significat, *vt notatur in l. 5. §. stipulatio. in verbo daturum infra de ver. oblig.* nec in illo casu potest significare præsens tempus, quia eum pręterito ponitur. Item facit, nam stipulatio, in qua quis promitteret se donaturũ valeret: imò stipulatio quasi semper se dirigit ad tempus futurum, *vt l. 5. in d. §. stipulatio. & ibi notatur.* Sic ergò, & pactum. Probatur consequẽtia, quia pactum in hoc habet vim stipulationis, & potest succedere loco eius, *vt patet in eodem. §. fi. in versic. sin autem.* Et hæc fuit intentio Accur. *in d. §. perficiuntur. in glo. manifestauerit,* qui videtur vera sentire, etsi Io. Faber ibi, & Ang. aliter credant. Præterea faciunt in eo, §. fi. verba sequentia scilicet *necessitatem habeat donator omni modo, res vel partem substantiæ quam nominauerit præstare.* Satis ergò erit, ꝙ causa donat. faciendæ res nominẽtur, Item facit ratio quę sequitur, tex. notabilis *cũ enim in arbitrio cuiuscunque sit:* hoc facere quod instituit, *oportet eum vel minimè ad hoc prosilire:* vel cum properauerit, propositum suum, quibusdam excogitatis artibus, non defraudare. Constat ergò, quòd ea quæ donationis causa quisque præstare instituit, cogitur obseruare, nec propositum semel emissum artibus defraudare potest. Et hoc constantius videtur probari ex fina-

Digitized by Google

finalibus verbis, vbi dicitur: *tantoq́, magis hæc firma esse, si pijs actibus vel religiosis personis, donatio deputata sit.* Ex sola ergò donationis deputatione quis efficaciter obligatur. Faciunt etiam verba text. *in Paragrapho perficiuntur. in princ. vbi dicitur, perficiuntur autem donationes cum donator suam voluntatem scriptis*, aut sine scriptis, manifestauerit.

¶ Sed videtur quòd superior cõclusio in se pugnet, nam si ego promitto me donaturũ, nego donationem præsentem. Respondeo quod ista promissio in qua dicis te donaturum, habet in se donationem, quia cum habueris propositum donandi, & id promittis: Ista efficax promissio continet liberalitatem, ex qua fit donatio perfecta, *vt in eodem §. fi.* Id autẽ, quòd dicis de donato, ad executionem refertur: & ita est cum fit per stipulationem, *vt in l. 5. §. stipulatio. & ibi notatur infra de verb. obliga.* & pactum potest efficaciter concipi eo modo, quo stipulatio, vt in eodem versi. sin autem.

¶ Vnde comprehendes verum sensum ad eundem Paragraphũ fin. vbi verbum *donatur*: & verbum *donauit*, sæpe ponitur, & tamen erat destinata donatio, sed in ista destinatione includitur donatio, vt supra: ideò lex donatorem appellauit, ex quo fuit deceptum vulgus doctorum, de quibus hîc per Alexan. in 3. colum. Hæc mente perpendite, quia noua sunt, nec, prout quasi omnia quę dicimus, ista ab aliquo didicimus. **Dicta à nobis non semper dicta ab aliis.**

90 ¶ Sed quæro, retenta opinione glossæ nostræ, quòd donationis conuentio est nominata, an si fiat donatio per stipulationem remaneat donationis & stipulationis contractus. Ista questio pendet ab illa, quę traditur in Rubrica de verb. oblig. an si emptio concipiatur per verba stipulationi cõuenientia, censeatur & emptio & stipulatio? de quo aliquid dixi su. *in l. proxi. in exemplo constituti.* Et hoc credo verum, quòd si agatur de vtroq;, censetur & stipulationem esse, & donationis conuentioně de se nominatam. Sed in dubio credendũ est, fuisse stipulationem, *per l. 1. §. eum qui: infra de cõsti. pec. & in §. de consti. institu. de ac. & l. cum enim. infra de noua. de quo dic, vt su. l. proxima.* Sed vnum videtur dubitabile, quia cum stipulor causa donationis, necessariò est donatio cum sit obligatio liberaliter facta: ergò videtur quòd donatio non est contractus nominatus, cum etiam hodie fiat donatio ipsa stipulatione, *vt in d. l. si quis argentum. in eodem. §. fi. in princ.* nam cõtractus nominati non verificantur necessariò in stipulatione de ea re facta, *vt patet post princicipiũ insti. de lit. ob. in. & in d. l. cum enim cum simili.*

91 ¶ Respondeo quòd verum est quòd donatio de sui natura non est contractus: imò est liberalitas, quæ ab vno tantum procedit. Vnde si donum datur mihi, hîc nullus contractus, tamen donum potest fieri per contractum, & hoc pluribus modis: potest fieri per contractum, & hoc pluribus modis: potest enim cõsiste-

ſiſtere in venditione,in locatione,in ſtipulatione, ſcilicet quando aliquid in his liberaliter conceditur. Et ita ſi tu velis conuenire de donando & conuenias: iſta conuentio eſt donatio perfecta, quia valida & erit nominata,quia habet nomen donationis vltra nomen conuentionis. Ita poteris intelligere iſta iura quæ perficiunt donationes ſola conuentione etſi dura videatur talis opinio: certè ni fallor, ſatis ſufficienter reſponderem cuilibet,qui ab hoc diſſentiret: at ſi diſſentiat id tentet nec liuidè mordeat. ¶ Item nota ex dictis Bar. hîc quod 92
pactum de vendendo eſt venditio: quia hanc ponit differentiam Bar. inter contractus qui re contrahuntur: & contractus qui conſenſu, ſcilicet quod pactum de deponendo non ſit depoſitum ſed pactum de emẽdo erit emptio.

¶ Contrà hanc ſententiam videtur probari: aut enim pactum de deponendo refertur ad tempus præſens, vt puta ſi dixiſſem verbaliter, de pono decem; nec re de poſuiſſem. Eò tunc ego credo quod nec ſit pactum, nec depoſitum, ſed eſt quædam falſa demonſtratio: aut tale pactum refertur ad tempus futurum: vt ſi conuenio de re deponenda apud te:in iſto caſu ego fateor, etſi non ſit depoſitum, eſſe tamen pactum. Tamen forſan dicere poſſum idem eſſe in pacto de emendo: nam non erit emptio,probatur,quia etiam in caſibus,in quibus ſolus conſenſus perficit actum, alius eſt conſenſus in actu,alius ad actum, nec conſen-

sus in actu, alius ad actum, nec consensus ad actum perficit actum, *vt notatur in c. penul. de elect. lib. 6. in glo. fi.* & certum est, quòd electio solo cõsensu perficitur, *vt l. apud Aufidium. de op. le.* Sed si do mandatum ad eligendum, non sequitur in electione esse consensum, vt patet ibidem & probatur clarè *in c. fi. de pro. lib. 6.* vbi si dedi mandatum de matrimonio contrahendo, & reuocaui illud, non sequitur matrimonium esse: Imò non est matrimonium quia deficit consensus: Nec obstat mandatum de contrahendo, quia fuit datum ad contrahendum, & non est contractus, & tamen videmus quod matrimonium solo consensu contrahitur, sicut emptio, *vt in c. cum locum de sponsalibus. l. nuptias. ff. eo.* Item hoc probatur clarius *per c. 1. de spon. duorum extra:* vbi alia est fides pactionis, idest sponsaliorum, ex qua fide promitto me contracturum matrimonium, quæ quidem fides pacti dicitur, quia tantum conuenio: & facio pactum de contrahendo: alia est fides consensus scilicet quando in actu matrimonij cõsentio: & tunc dicitur consensus qui perficit matrimonium. Idcirco idem dicendum esset in emptionis pacto quando de emendo paciscitur. ¶ Nec obstat argu. quod potest fieri, quòd quando actus sunt voluntarij, eò ipso quòd animus vult, immediatè agit in patiente disposito, *vt in d. l. iam dubitari. de her. Insti.* nam fateor animum agere quod vult: vult tamen promittere venditionem, non autem vende-

Matrimonium solo consensu contrahitur.

Digitized by

vendere. Vnde non constat quòd vendit. Et hoc idem fatetur glossa in intẽtione sua *in l. in vendentis. C. de contrahe. empt.* Vnde sic distingue, aut animus confertur ad actum præsentem, vt si dicam: promitto vendere istam rem tibi pro x. & erit emptio, quia nihil impedit, quando sit emptio dum tu in id consentias, *vt l. Titius. infra de pig act. & faciunt quæ notantur in d. l. in vendentis.* & ita defende Bart. aut promissio cõfertur in tempus futurum, & tunc habent locum ea quæ dixi. ¶ Item nota ꝙ id Bart. sentit, 93
quòd pactũ de pignore nõ est pignus, dic ꝙ est pignus, vt latè videor probasse *in l. 1. in §. fi. su. eo.* hoc tamen intellige qñ conuentio se referret ad constitutionem præsentem, si tamen se referat ad futuram constitutionem pignoris, tunc promissio de pignorando non esset pignus, nec forsan à Prætore haberet actionem per superiora. ¶ Præterea colligo ex Bar. quod dos habet nomen ab actu exequendi, prout ipsa donatio, & ideo erit contractus nominatus: pactum tamen de danda dote non est contractus nominatus, sed ex eo, propter legis iuuamen oritur actio *l. ad actionem. C. de dotis promiss.* de his satis dixi *in l. supra prox. in exemplo dotis.* Sed quo ad propositum † nostrum, vide- 94
tur quòd sicut supra probatum est donationẽ non esse contractum sua natura: ita ergo in dote per eandem rationem quam rationem fatetur etiam Bar. cum idẽ dicat esse in vtraq;: facit quia dos dicitur donatio, *l. fi. C. de iure dotiũ*

Sed

Sed videtur in hoc esse discrimen, quia dos de sui naturâ habet obligationem vt reddatur, hoc ipso enim agitur, vt soluto matrimonio reddatur, *l. 2. soluto. matri. l. 1. in prin. Cod. de rei vxo. act.* vnde nimirum si appellamus eum contractum cum habeat de sua natura conuentionalem obligationem et, si, contractus est, erit nominatus, quia habet nomen elegans. ¶ Sed contra videmus enim dotem ipsam non habere propriam actionem, quia si dos datur, etsi maritus sit obligatus ad restitutionem, non tamen videmus iure digestorum esse dotis actionem imò dabatur actio rei vxoriæ aut ex stipulatu *vt l. 1. in prim. de rei vxo. act.* ex quo datur intelligi contractum non esse nominatum cum videamus illas actiones non esse proprias illius contractus. Sed respon. quòd non valet consequentia ista, dos non habet propriam actionem: ergò non habet nomen, vt diximus *in ista. l. in prin. in materia permutationis.*
95 Sed quæro vtrum pactum de dote sit contractus nominatus: & contra Bar. arguitur. Habet enim hoc quod cõsensu habet obligationem: ergò erit nominatus. *l. 1. §. item emptio. de rerum permu.* intercedens probatur *per l. ad exactionem C. de do. pro. & in l. fi. C. ad Velle.* at si dicatur, quod nõ ob hoc solum quod habeat obligationem, ex solo consensu probatur esse contractum nominatum. Respondeo quòd probari potest, ex solo consensu habere nomen: ratio enim quare ex consensu dicuntur contractus

nomi-

nominari est, quia ad eorum essentiam solus consensus sufficit,&nec scriptura,nec præsentia,nec stipulatione omninò opus est. Hanc rationem assignat tex. *in §.1.insti.de obli.quæ ex cõsensu.& l.consensus infra de oblig. & act.* Sed eadem ratio habet locum in dote, *l. ad exactionem. C. de do.promi.*quæ in hæc verba loquitur. *Ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus*: siue scriptura fuerit siue non etiamsi stipulatio non fuerit subsecuta. Dos ergo constituitur solo consensu, & in dote eadem causa subdita est, quæ in contractibus, qui solo consensu contrahuntur. Præterea probatur dotem esse ex sola promissione. Ergo secũdũ doctores & Bar. dotis promissio est contractus nominatus. Antecedẽs satis latè fuit probatum *l. su. proxi.* Sed probare poteris 96
ex l.fi.C.de dotis promissione. Vbi tex. *dicit si pater pro filia simpliciter dotem dederit vel pro filio donationem fecerit.* Ista tamen verba debent verificari, tàm in dote data ipsa executione, quàm in dote vel donatione promissa, vt in inferioribus patet: ibi: *vel ante nuptias donationem dederit vel promiserit ex sua liberalitate.* Itaque ista verba quæ in se pugnare videntur, isto modo sunt intelligenda quod eo ipso, quod dotem promittit, liberaliter se obligauit. Vnde dos est necessaria & constituta prout dicebam supra in donatione. Faciunt verba in sequentibus ibi: *vel ex suis debitis dixerit se fecisse huiusmodi liberalitates.* Item ibi *vel ante nuptias donationem esse datam*, quibus etiam addas

addas illa, quæ sequũtur. Et in hoc casu de suo
patrimonio dotem vel donationem propter
nuptias dedisse intelligatur. Itaq; considerare
debes ista verba quæ ita debent referri ad dotẽ
promissam, prout ad dotem datam ipsa tradi-
tione. Huius ratio ea est, quia qui dotem pro-
mittit, ad eam est obligatus. Vnde dos est con-
stituta quæ quidem est quædam liberalitas ob
causam facta, vt ibi tex. dicit. ¶Hinc non rectè
glossa loquitur *ibid. in verbo dederit & in verbo fece
rit*. cum vtrunque verbum exponat *dederit*, sci-
licet destinatione, *fecerit*, scilicet destinatione:
nam donationem facit, qui sponte & liberali-
ter promittit vt ipse tex. probat in illis verbis &
sæpius in inferioribus & dotare est dotem con-
stituere qua etiam promissione constituitur,
vt l. profecticia. in §. si pater. de iure do. vbi dos perfe-
97 cticer dicitur à patre promissa. ¶Item hæc pro-
bantur argu. quodam quod videtur necessa-
rium nam dos est donatio, & cõmodo quo do-
natio, in esse deducitur, eo ipso modo dos cõ-
stituitur, *vt l. fi. in princip. Codice de iure do.* & hoc
sine discrimine Bar. & cæteri fatentur. Sed do-
natio perfectissima est ipsa promissio, *vt in §.
perficiuntur institu. cod. & supra latissimè docemus*, er-
go eodem modo constituatur dos ipsa, quę so-
la promissione perfectissima erit vt vltra hæc,
quod idem in hoc sit in dote, quod in dona-
tione, necesse est fateri, ex verbis legis fi. Cod.
ad Velle. vbi eadem quasi verba & eadem
87 ratio ponitur in dotis promissione, quæ poni-
tur

Digitized by Google

ponitur in *si quis argentum. §. si*. in ipsa donationis promissione. In modo ergo constituendi dotem & donationẽ quo ad propositam quæstionem nullũ erit discrimen, cum idem sit cõstituẽdi modus & ratio. ¶Non obstat arg. quod colligitur ex intẽtione Bar. quod dos & donatio habẽt nomen ab actu exequẽdi, prout mutuum & depositum ergo antequam detur, non erit dos nec donatio, nam respondeo quod etiam si ab ipsa datione sit indictũ nomen, tamẽ etiam sine datione essentialiter potest cõstare donatio. Itaq; nõ valet etymologia, prout ipse etiã Bar. fatetur *in l. in ædib. ff. de do. in prin.* quod donatio fit stipulatione & potest fieri locatione & liberatione, de quo supra satis. ¶Nec ob arg. quod videtur resultare ex. d. l. fi. C. de senatus con. vel vbi videtur quod hoc sit contra regulas iuris communis, vt ex nuda promissione dos cõstituatur efficaciter, ex quo concluditur quod ex nudo pacto oriatur actio, nã si contractus esset nominatus nõ videtur, quod sit aliquid exorbitãs. Respondeo quod illa exorbitãtia verificari potest in eo quod à Senatus consulto Velleiano liberatur ipsa dotis promissio, & certè id sentit tex. non aũt in eo dos ex promissione & solo cõsensu cõstitui possit, itaq; illã exorbitantiã intelligas à regulis Macedoniani, & non ab vniuersalibus regulis iuris ciuilis. Concludas ex his dotem ipsa sola promissione esse nominatũ cõtractũ.

Obiectio.

¶Item ex superioribus infertur pactum de dotando esse validũ nam si quis dixerit se dotem 98

datu-

daturum nō minus propterea obligatur, *vt supra dicebam in donatione.* & tam iſta cōcluſio, quā ea quæ ſuperius dixi roborantur ex *l. ad exactionē C. de dotis promiſsione & ex l. ſi. C. ad Vel. ſæpe al.* vbi ſi quis dotem ſit pollicitus ſe daturum, valet & dicitur mulier dotata, *vt probatur in verbo, non eſſe ferendum eam indotatam fieri propter Velleianum* : ſic ergo verum eſt valere pactum de dotando, & per conſequens tale pactum eſſe dotem, quia valet. Item idem erit in donatione quia eadem ratio. Hæc pulchrius videas ſupra nec ea abiicias quod in ſingulari ſint poſita opinione, quia forſan id nobis euenit quod Catoni qui ſtoica inueſtigatione ea ſæpè ſentiebat quæ à vulgo diſſentirent & eadem veriſſima.

¶In vltima parte glo. noſtra mouet quęſtionem, quid ſi in permutatione ego non dedi cò quia tu accipere noluiſti. Sed paratus fui dare, adeò quod non ſtat per me, dubitatur, vtrum
99 cōpetat actio preſ. ver. & glo. concludit, quod non competit. Huius ratio eſt, quia in contractibus innominatis habet locum pœnitentia, *vt l. ſi pecuniam. §. ſi ſeruus. de condict. ob cau. infra.* Ergò etiamſi ego dederim pecuniam vt eas Romam, poſſem ex pœnitentia repetere pecuniam, quanto magis ſi offeras te velle ire Romam, poſſum dicere te integra ne eas: aut ſi offeras pecuniam ex conuentione, potero dicere quod nolo eam accipere nec ire. In tantum forſan hoc verum eſt quod etiam ſi ego dedi vt

dares

Digitized by

dares, & tu velis dare, nihilominus repetere possum, cum non obstante ꝙ dederim, mihi liceat pœnitere: & hoc procedit ex sensu glo. cuius contrarium videtur tenere glossa *in l. si rem tibi. §. fi. in glo. victori infra de praes. ver.* (quam hîc solum citantes Moderni, Ticinenses, ad alia se transferunt) vbi tenet Accursius, quòd si anulus est circa te dispositus à tertio, vt si ego vincerem certamẽ, mihi daretur, aut vt victori forsan ludorum acquireretur, si per me nõ stetit quominus ego vincerem, & me obtuli certamini aut ludo, etiamsi alius pugnæ non occurrat, nihilominus ego acquiro, & oritur actio præs. verb. Bart. † eam gloss. ibi summè commendat dicens singularem esse ad loca. vbi duella exercentur, nam victor dicetur, dũ ipse pugnæ se obtulit, etiamsi duellum non sit secutum, cum per eum non steterit: & Pau. de Cast. eam etiam ibi sequitur, & Bart. *in l. in executione §. fi. de verb. oblig.* licèt eam corruptè alleget. ¶ Hinc singulariter inferendum esset, ad pallia quæ Bononiæ Senis, & Florentiæ equorum cursu quærenda parantur: nam dum solus esset equus ad victoriam paratus: Id sufficeret ad acquisitionem, & quàm plures illationes poteris facere huius similes.

100 Glossa singularis.

Singularis illatio.

¶ Ego verò rationem habeo dubitandi: nõ enim possumus negare talem contractum innominatum, cuius nec nomẽ habemus: quod satis probatur *in ea l. si rem tibi §. fi.* & in hoc omnes consentimus. Sed in contractibus innomi-

Cõmunis opinio.

nominatis, non solùm quando stat per alium tertiũ quominus id facias, sed etiam si per me steterit, hoc non habet vim adimplementi: ratio, quia habet locum pœnitentia, *vt in gloss. nostra.* Ergò videtur, quòd in his casibus non possit exigi res ad duellum destinata, nec pallium ad cursum depositum, cum semper liceat domino pœnitere, donec res sit integra, Id tamen fateri necesse est, quòd expensas, quas in præparamentis quisque fecit, potest exigere, itaq; idennitas sibi præstetur eius, quod ob eã causam expendit, *vt l. si pecuniam in princ. su. al. Facit ad hoc text. l. eleganter. §. seruus. de dolo infra.* vbi notat Bart. *in fi. verb.* quòd licèt ex nuda conuentione non oriatur actio: tamen si ex tali fide tibi obuenit damnũ, oritur de dolo. Sed hoc sanè sentias, quòd actio oriatur de dolo ad damnum, non autem ad totam conuentionem nisi in damno verteretur totũ id, de quo conuenitur, *per su. al. legem. si pecuniam. Dicam de hoc in §. sed cum nulla. super octaua lma, quam ibi ponunt Moderni Papienses.* ¶ Quid ergò dicendum? ego credo quòd vtraque glossa possit defendi, ad quod distingue: aut enim ego per quem nõ stetit arguo contra ipsum promittentem, vel deponentẽ pallium, vel quid simile: & nullam habeo actionem si ipsum pœnituerit, quia licet ei pœnitere: & ita loquitur glo. nostra. Aut ago contra illum, apud quem est res deposita, vt victori tradatur, & si per me nõ stetit quominus vincerem, sed quia aduersarius vel pugnare

gnare

Digitized by Google

gnare vel currere noluit, tunc habeo actioné contra illum depositarium, & ita loquitur glo. & Azo. *in d. l. si rem tibi & tex. quē allegat in l. si oleum. infra de dolo.* Quam conclusionem Azonis necesse est, quòd intelligas, parte deponente non pœnitente, quia cum ei pœnitere liceat, ei esset facienda restitutio si eum pœniteret.
¶ Vnde ex his habebis pulcherrimam conclu- 10
sionem, quòd oblatio habet vim adimplemē-ti etiam in contractibus innominatis, dum nō recuset creditor. Nam si fecimus contractum respectiuum, & ego promisi facere vel dare alteri, & fui paratus id facere, nec per me stetit: cum me obtulerim ad factum, vel quia alteri obtuli id quod promisi dare, nec ille voluit accipere, tunc dicendum est vestiri contract. ex parte mea, adeò quòd habeo actionem. Huius ratio est, quia oblatio habet vim adimplementi, dum illa non excluditur ex capite pœnitentiæ, *vt est glossa Azo. à Bar. & Paulo approbata:* Sed hic non fuit exclusa, ergò vestitur pactū. quā conclusionem teneas ex mente eorum, ex qua oboritur magna limitatio ad glossam nostram, sed tu considera. ¶ Aliam limitationem tradunt hic Moder. Papienses, q glosſ. nostra procedat, quando factū esset promissum, quia factū non potest impleri sola oblatione, secus vbi promissa esset datio, quia tunc etsi sola oblatio nō sufficeret, tamē si fieret cōsig. habetur res p data. *Ita tā Alb. hic & Ale. Bal. in l. ex. pla. in 18. q. C. de rer. pmu. p l. accep. C. de vsur. & l. obsig. C. de solut.*

Ee 2 ¶ Pri-

¶ Primò videtur peccare Moderni, in quātum limitant glossam nostram, quòd procedat, quando factum est promissum, secus quādo promittitur aliquid dari, nàm glossa loquitur quando promisi dare vt dares: loquitur enim in permutatione, non ergò cadit talis limitatio in terminis glossæ. Respondeo quòd limitatio habet relationem ad regulam, quæ sumitur ex glossa scilicet quòd in contractibus innominatis non habet oblatio vim adimplementi.

¶ Secundò videtur peccare talis limitatio, quia cum glo. loquatur in permutatione, fiat tantum de specie ad speciem, *vt notatur in l.1. & 2.C.eo.* & secundum doctorū sententiam. Videmus tamen, quòd in speciebus non habet locum obsignatio, *vt notatur in dicta. l. acceptam. in glo.1.& tenet ibi.Bart. in 2. quæstione.* Ergò malè distinguitur, an sit res obsignata vel non. Responde quòd etiam ista limitatio tendit ad regulam vniuersalem, vel quòd falsum sit quòd permutatio solùm in speciebus, consistat, *vt tenui in prin.huius repetitionis.*

102 ¶ Tertiò videntur peccare quia consignatio fit quando res offertur creditori, & ipse eam non vult acceptare, *vt patet in d. l.obsignatione. & l. acceptam*, sed si in contractibus innominatis creditor non velit acceptare. Certum est quòd pœnitet: at pœnitentia est permissa, ergò consignatio non habet locum: Tunc enim recurrimus ad consignationem quando

pars

pars recusat solutionem, quam recusare non deberet, *vt in dicta l. acceptam.* Respōdeo, quòd limitatio habebit locum, quando consignatio foret voluntate creditoris: secus, si eo recusante: Itaque in illis casibus, quibus fieret eius voluntate, habet consignatio vim implementi, & ita cautè Bal. & Alexand. loquuntur in casu, quo consignatio est facta ante pœnitentiam scilicet parte volente.

¶ Item dominus Alexand. & Moderniores ponunt aliam limitationem, quòd dictū glo. habeat verum, nisi contractus nominatus ordinaretur ad contractum innominatum scilicet apposito modo, vel conditione, vt puta, si promitto vendere ob certam causam vel conditionem, nam tunc est contractus innominatus, patet, quia datur actio præs. verbis: Tamen videmus, quòd si per me non stat, habetur cōditio vel causa pro impleta, *vt l. labeo. §. scribit si mihi Bibliothecam. infra de contrahen. empt.* & hæc fuit opinio Bal. *in l. quamuis. C, de transact. in fi. verbis* contra ista verba Bal. & Alexan. potest argui, quia, si contract. nominatus habet modum, non dicitur innominatus, sed modus ipse intrat in eodem contractu, *tex. est in hoc singularis, l. cum ab eo: ff. de contrahen. empt.* Vnde dicitur pars contractus, *vt l. fundi partem. de ac. empt. cum similibus.* Non ergo ex modo adiecto dicetur innominatus, nec tunc oritur præsc. verbis actio, quia cum sit nominatus, & habeat propriam actionem, cessat actio præs. verbis. 103

Textus singularis.

vnde in isto casu, non cadit limitatio, cùm ad modũ habeamus contractus nominati actionem, quæ quidem actio non admittit pœni-
104 tentiam. In alio † verò casu, quando contractus nominatus habet conditionem, adhuc dicendum videtur quòd non sit innominatus contractus, sed est nominatus conditionalis tamen. Præterea nos loquimur in contractibus innominatis respectiuis, qui concipiuntur sub modo, *vt patet l. naturalis. §. 1. & per totam legem infra de præs. verbis*, sed conditionalis contractus & respectiuus differunt, *vt l. 1. & 2. Cod. de his quæ sub modo. l. quibus diebus. §. Fermilius. & §. fi. infra. de condi. & demon.* Ergò conditionalis non est respectiuus, patet hoc etiam, quia in conditionali ante aduentum conditionis, non nascitur obligatio naturalis, vt in c. 1. de spon. lib. 6. sed in his contractibus statim est nata obligatio, *vt lege ex placito. Cod. de rerum permut. Bartolus in l. naturalis. Paragrapho sed si facio. supra alle.* Vnde Bartolus *in l. naturalis. in princ. de præs. verbis in 2. oppo.* tenet, quòd tales contractus per dictionem, si non sunt verè contractus innominati. Idem tenet, *in l. si intra infra eo.* de his videbimus latius infra. *in §. quinimo.* Pro tunc tamen credo, quòd talis contractus conditionalis, magis erit contractus nominatus, quàm innominatus, quia vtroque modo est conditionalis: & videmus quòd emptio est facta sub cõditione, ergò magis erit emptio conditionalis, quàm alius contractus innominatus,

Digitized by Google

natus: Ideò sat est, quòd stet per te vt possit agi ex empto, cum sit contractus nominatus, *ita loquitur lex Labeo.* Nec obstat quòd ibi detur actio præs. verbis, nã nõ datur ea ratione, quòd sit contractus innominatus, vt dixi, sed quia contractus est conditionalis, vnde attenta cõditione, ante aduentum conditionis non oritur actio empti. *vt l. cedere diem. de verbo. sig.* Sed quia contractus est nominatus, & stat per promissorem, Et cum sit æquum agi contra eum, datur actio præs. verbis, quæ quidem actio datur, vbicunq; sumus in perplexitate actionũ, *vt l. prima de præscriptis verbis infra.* Itaque ea consideratione datur actio præs. verbis, quia ante euentum conditionis non oriebatur actio ex eo contractu. Et hoc est quòd considerabat labeo Sed Vlpianus considerabat, quòd cum per partem stetisset, quominus cõditio adimpleretur: ex æquitate debebat conditio haberi pro impleta. Vnde hac consideratione cõpetit ex empto actio, & quòd in illo text. non nascatur actio præs. verbis ea consideratione, quòd conditio habeatur pro impleta: probatur, quia tunc est perfecta emptio, & datur actio ex empto: ergò non est contractus innominatus, nec ea ratione habebit præs. verbis actionem. Non ergò videntur subtiliter loqui doctores, cum per illum textu. dicat quod in cõtractibus innominatis oblatio habetur pro implemento, quia illo tex. datur act. præs. verbis. In his opinionibus sit tibi delectus & vide

Obiectio.

105 quæ dicimus in §. quinimò. ¶ Præterea addit Bald. aliam limitationem, quòd regula glossæ nostræ procedat, nisi in casu quo contractus innominatus sit factus ad liberandũ, nam tũc cum non habeat locum pœnitentia in contractibus liberatorijs, oblatio habet vim adimplementi, per text. *in l. si cum fundum infra eod. & l. si maior. C. de transf.* hæc sunt verba Iasonis, iunctis verbis Bald. Primò hi Moderni, si loquantur in casibus, in quibus solo consensu tollitur actio, videntur pugnantia dicere, quia ipso iure causatur liberatio in contractibus liberatorijs etiam respectiuis, *vt Bart. l. cum mota. in prin. C. de transa.* Sed si ipso iure liberatur, nõ potest esse, quod obligatio habeat vim adimplementi, cum ad implemẽtum hanc vim habeat, vt faciat vel oriri, vel tolli actionem *vt in text. nostro*: at cum à solo consensu sit sublata, oblatione tolli non potest, *vt in §. sic itaque. inst. de act.* Patet ergò quòd obligatio non habebit hanc vim adimplemẽti, de qua in glo. nostri, aut Bald. & Moderni loquuntur in casibus, in quib. nõ fit liberatio ipso iure per conuentionem, & tunc, etsi teneant hîc, quòd in contractibus innominatis liberatorijs non habeat locum pœnitentia: contra tenet Bartolus *in l. quamuis. C. de transactionibus & ibi Alexander & Ange. & Alex. Angelus & Paulus in l. si quis accepto. infra de condictio. ob causam.* vbi textum illum simpliciter intelligunt, tàm de condictione ob causam, quàm de pœnitentia, & ita latè tenet ipse

Digitized by Google

ipse Alexander, *in l.dedi. in principio, eodem titulo: & ibi Bar. & ipse Iason sibi contrarius in dicta. l. si quis accepto. & in l. dedi. vbi etiam glo.* quæ opinio vulgatior & communior est, de qua suo loco disputandum est. Iason sibi contrarius Communis opinio.

¶Non obstat *lex si cum fundum. infra eod.* vbi est contractus innominatus & tamen non habet locum pœnitentia, quam legem dicebat, Petrus de Bellâ pertica totum mundum destruere. Ego vero cum legem vidi cœpi mirari non de ea sed de admirantibus circa eam: facile ergo potest responderi, quod ideò ibi non habet locum pœnitentia, quia contractus non est reciprocus, patet, quia conuenimus vt fundum meum, quem tu possidebas, quo ad possessionem alteri traderes. Istam enim conuentionem esse puram & simplicem constat, sed fatendum est quod in conuentionibus simplicibus, & non reciprocis, non habet locum pœnitentia: ratio, quia pœnitentia permissa est, quando respectiuè vltro citroque fuit contractus celebratus, nam cum vtriusque gratia sit, & vterque obligaretur, & pœnitentia vterque est solutus sua promissione. Ita loquitur lex si pecuniam, quæ quidem ratio non habet locum in contractibus simplicibus, & in promissione ab vno facta, & ideo dicitur, quod in his non habet locum pœnitentia, nam aliàs etiam sequeretur quod non haberet locum compensatio nec exceptio, quod est falsum, *vt l. etiam. ff. de* 106 Obiectio.

50 Actio-

Digitized by Google

ET IDEO RECTE. quæ subtilis & pulchra sit huius §. materia, ex eius lectione videbis, cuius doctrinam & antiqui patres, & neoterici adeo inuoluerunt, vt nulla vera eorum sententia sibi constet, quæ res effecit, vt quicquid volui in ista materia publicè disputabam, nam ex his quæ dubia sunt nihil verum teneri, nec falsum euerti potest. Ego vero qui minor sum natu etsi ob hoc ipsum minori fungar auctoritate, in causis horum perquirendis, maiori diligentiæ afficior commodo. Quare si nostra legeris facilè & clarè tibi constabit quid senserint Iureconsulti. Iste. §. breuissimè legitur à Bar. & à glossis, in eo tamen optimè cadit contractuum innominatorum summa discussio. Ponit Vlpianus illationem ex superioribus, quam tenet ex Martiani auctoritate, & confirmatione Aristonis. In sum-

Ex Dubiis nihil verum obtinēti, nec falsum euectio potest

Digitized by Google

¶ Primò videtur peccare Moderni, in quãtum limitant glossam nostram, quòd procedat, quando factum est promissum, secus quãdo promittitur aliquid dari, nàm glossa loquitur quando promisi dare vt dares: loquitur enim in permutatione, non ergò cadit talis limitatio in terminis glossæ. Respondeo quòd limitatio habet relationem ad regulam, quæ sumitur ex glossa scilicet quòd in contractibus innominatis non habet oblatio vim adimplementi.

¶ Secundò videtur peccare talis limitatio, quia cum glo, loquatur in permutatione, fiat tantum de specie ad speciem, *vt notatur in l.1. & 2.C.eo.* & secundum doctorũ sententiam. Videmus tamen, quòd in speciebus non habet locum obsignatio, *vt notatur in dicta. l. acceptam. in glo.1. & tenet ibi.Bart. in 2. quæstione.* Ergò malè distinguitur, an sit res obsignata vel non. Responde quòd etiam ista limitatio tendit ad regulam vniuersalem, vel quòd falsum sit quòd permutatio solùm in speciebus, consistat, *vt tenui in prin.huius repetitionis.*

102 ¶ Tertiò videntur peccare quia consignatio fit quando res offertur creditori, & ipse eam non vult acceptare, *vt patet in d. l.obsignatione. & l. acceptam*, sed si in contractibus innominatis creditor non velit acceptare. Certum est quòd pœnitet: at pœnitentia est permissa, ergò consignatio non habet locum: Tunc enim recurrimus ad consignationem quando

pars

Digitized by Google

pars recusat solutionem, quam recusare non deberet, *vt in dicta l. acceptam.* Respódeo, quòd limitatio habebit locum, quando consignatio foret voluntate creditoris: secus, si eo recusante: Itaque in illis casibus, quibus fieret eius voluntate, habet consignatio vim implementi, & ita cautè Bal. & Alexand. loquuntur in casu, quo consignatio est facta ante pœnitentiam scilicet parte volente.

¶ Item dominus Alexand. & Moderniores 103 ponunt aliam limitationem, quòd dictũ glo. habeat verum, nisi contractus nominatus ordinaretur ad contractum innominatum scilicet apposito modo, vel conditione, vt puta, si promitto vendere ob certam causam vel conditionem, nam tunc est contractus innominatus, patet, quia datur actio præs. verbis: Tamen videmus, quòd si per me non stat, habetur cõditio vel causa pro impleta, *vt l. labeo. scribit si mihi Bibliothecam. infra de contrahen. empt.* & hæc fuit opinio Bal. *in l. quamuis. C, de transact. in fi. verbis* contra ista verba Bal. & Alexan. potest argui, quia, si contract. nominatus habet modum, non dicitur innominatus, sed modus ipse intrat in eodem contractu, *tex. est in hoc singularis, l. cum ab eo: ff. de contrahen. empt.* Vnde dicitur pars contractus, *vt l. fundi partem. de ac. empt. cum similibus.* Non ergo ex modo adiecto dicetur innominatus, nec tunc oritur præsc. verbis actio, quia cum sit nominatus, & habeat propriam actionem, cessat actio præs. verbis.

Textus singularis.

vnde in isto casu, non cadit limitatio, cùm ad modũ habeamus contractus nominati actionem, quæ quidem actio non admittit pœnitentiam.
104 In alio † verò casu, quando contractus nominatus habet conditionem, adhuc dicendum videtur quòd non sit innominatus contractus, sed est nominatus conditionalis tamen. Præterea nos loquimur in contractibus innominatis respectiuis, qui concipiuntur sub modo, *vt patet l. naturalis. §. 1. & per totam legem infra de præs. verbis*, sed conditionalis contractus & respectiuus differunt, *vt l. 1. & 2. Cod. de his quæ sub modo. l. quibus diebus. §. Fermilius. & §. si. infra. de condi. & demon.* Ergò conditionalis non est respectiuus, patet hoc etiam, quia in conditionali ante aduentum conditionis, non nascitur obligatio naturalis, vt in c. 1. de spon. lib. 6. sed in his contractibus statim est nata obligatio, *vt lege ex placito. Cod. de rerum permut. Bartolus in l. naturalis. Paragrapho sed si facio. supra alle.* Vnde Bartolus *in l. naturalis. in princ. de præs. verbis in 2. oppo.* tenet, quòd tales contractus per dictionem, si non sunt verè contractus innominati. Idem tenet, *in l. si intra infra eo.* de his videbimus latius infra. *in §. quinimo.* Pro tunc tamen credo, quòd talis contractus conditionalis, magis erit contractus nominatus, quàm innominatus, quia vtroque modo est conditionalis: & videmus quòd emptio est facta sub cõditione, ergò magis erit emptio conditionalis, quàm alius contractus innominatus,

Digitized by Google

natus: Ideò sat est, quòd stet per te vt possit agi ex empto, cum sit contractus nominatus, *ita loquitur lex Labeo.* Nec obstat quòd ibi detur actio præs. verbis, nã nõ datur ea ratione, quòd sit contractus innominatus, vt dixi, sed quia contractus est conditionalis, vnde attenta cõditione, ante aduentum conditionis non oritur actio empti. *vt l. cedere diem. de verbo. sig.* Sed quia contractus est nominatus, & stat per promissorem, Et cum sit æquum agi contra eum, datur actio præs. verbis, quæ quidem actio datur, vbicunq; sumus in perplexitate actionũ, *vt l. prima de præscriptis verbis infra.* Itaque ea consideratione datur actio præs. verbis, quia ante euentum conditionis non oriebatur actio ex eo contractu. Et hoc est quòd considerabat labeo Sed Vlpianus considerabat, quòd cum per partem stetisset, quominus cõditio adimpleretur: ex æquitate debebat conditio haberi pro impleta. Vnde hac consideratione cõpetit ex empto actio, & quòd in illo text. non nascatur actio præs. verbis ea consideratione, quòd conditio habeatur pro impleta: probatur, quia tunc est perfecta emptio, & datur actio ex empto: ergò non est contractus innominatus, nec ea ratione habebit præs. verbis actionem. Non ergò videntur subtiliter loqui doctores, cum per illum textu. dicat quod in cõtractibus innominatis oblatio habetur pro implemento, quia illo tex. datur act. præs. verbis. In his opinionibus sit tibi delectus & vide

Obiectio.

105 quæ dicimus in §. quinimò. ¶Præterea addit Bald. aliam limitationem, quòd regula glossæ nostræ procedat, nisi in casu quo contractus innominatus sit factus ad liberandũ, nam tũc cum non habeat locum pœnitentia in contractibus liberatorijs, oblatio habet vim adimplementi, per text. *in l. si cum fundum infra eod. & l. si maior. C. de transf.* hæc sunt verba Iasonis, iunctis verbis Bald. Primò hi Moderni, si loquantur in casibus, in quibus solo consensu tollitur actio, videntur pugnantia dicere, quia ipso iure causatur liberatio in contractibus liberatorijs etiam respectiuis, *vt Bart. l. cum mota. in prin. C. de transa.* Sed si ipso iure liberatur, nõ potest esse, quod obligatio habeat vim adimplementi, cum ad implemẽtum hanc vim habeat, vt faciat vel oriri, vel tolli actionem *vt in text. nostro*: at cum à solo consensu sit sublata, oblatione tolli non potest, *vt in §. sic itaque. inst. de act.* Patet ergò quòd obligatio non habebit hanc vim adimplemẽti, de qua in glo. nostri, aut Bald. & Moderni loquuntur in casibus, in quib. nõ fit liberatio ipso iure per conuentionem, & tunc, etsi teneant hîc, quòd in contractibns innominatis liberatorijs non habeat locum pœnitentia: contra tenet Bartolus *in l. quamuis. C. de transactionibus & ibi Alexander & Ange. & Alex. Angelus & Paulus in l. si quis accepto. infra de condictio. ob causam.* vbi textum illum simpliciter intelligunt, tàm de condictione ob causam, quàm de pœnitentia, & ita latè tenet ipse

ipse Alexander, *in l. dedi. in principio, eodem titulo: & ibi Bar. & ipse Iason sibi contrarius in dicta. l. si quis accepto. & in l. dedi. vbi etiam glo.* quæ opinio vulgatior & communior est, de qua suo loco disputandum est. Iason sibi contrarius Communis opinio.

¶Non obstat *lex si cum fundum. infra eod.* vbi est contractus innominatus & tamen non habet locum pœnitentia, quam legem dicebat, Petrus de Bellâ pertica totum mundum destruere. Ego vero cum legem vidi cœpi mirari non de ea sed de admirantibus circa eam: facile ergo potest responderi, quod ideò ibi non habet locum pœnitentia, quia contractus non est reciprocus, patet, quia conuenimus vt fundum meum, quem tu possidebas, quo ad possessionem alteri traderes. Istam enim conuentionem esse puram & simplicem constat, sed fatendum est quod in conuentionibus simplicibus, & non reciprocis, non habet locum pœnitentia: ratio, quia pœnitentia permissa est, quando respectiuè vltro citroque fuit contractus celebratus, nam cum vtriusque gratia sit, & vterque obligaretur, & pœnitentia vterque est solutus sua promissione. Ita loquitur lex si pecuniam, quæ quidem ratio non habet locum in contractibus simplicibus, & in promissione ab vno facta, & ideo dicitur, quod in his non habet locum pœnitentia, nam aliàs etiam sequeretur quod non haberet locum compensatio nec exceptio, quod est falsum, *vt l. etiam. ff. de* 106 Obiectio.

Ee 5 com-

compensa. & §. igitur. infra ista l. & hanc solutionē fatetur ipse Bal. *in eadem l. si cum fundum in lectura antiqua. versi. extra noto.* & idem Iason *ibidem super glossa prima, quam ita intelligit:* idem tenuit ipse Iason *in nostra lege in isto nostro princip. in 4. colum. in solutione quam facit ad materiam donationis.*

¶ Vel si velis tenere, quòd tacitus quidam contractus innominatus resultat ex casu illius legis, quia te liberaui, vt alij dares possessionem, dic prout dicit ibi Paulus de Cast. quòd pœnitentia habet locum in contractibus innominatis, nisi modus adiectus sit gratia adimplere debentis, quia cum liberationis & modi conuentio sit facta gratia eius merito, alius non potest retrocedere, *vt l. Aristo. de dona. in principio*, & ita tenet cum quibusdam antiquis, in eadem l. si pecuniam, vbi glossæ refert talem opinionem: Quæ quidem opinio videtur habere summam rationem, quia, vt supra dixi, in simplici promissione, ita in isto casu cessat ratio *l. si pecuniam.* & hoc est quod text. *in dicta l. si cum fundum.* ponderauit conuentionē esse factam gratia ipsius possessoris. Vltimò Moderni ponunt quandam aliam limitationē, *ex l. pacto. C. de pactis.* quæ limitatio vera in se, sed non vere limitat. Laus Deo.

SVMMARIVM.

1 Contractuū innominatorum respectiuorum species quatuor, atq; inibi q̄ huiusmodi cōtractus potius iudican-

30 *Actio de dolo competens ex contractibus innominatis an differat ab actione præscriptis verbis.*

31 *Actio præscriptis verbis competens mihi aduersus manumittentem, cum ego manumiserim, vt ipse manumitteret ad quid detur.*

32 *Intellectus ad l. si procuratorem. §. si liber homo. ff. manda.*

33 *Actionem præscriptis verbis & cōdictionem ob causam posse ad idem competere.*

34 *Condictio ob causam an nocascatur extra id quod agitur.*

35 *Condictio ob causam oriatur, nec ne ex contractu.*

36 *Contractus innominati an iudicentur ex modo cōcipiendi, an ex modo adimplendi & numero sequent.*

38 *Modus quid sit.*

39 *Actio præscriptis verbis quare ita appelletur.*

40 *Præscribere quid sit.*

41 *Actiones natiuæ quæ dicantur, quæ item datiuæ.*

42 *Actionem aliquam esse datiuam an sit verum, & nume. 44.*

43 *Obligationem datiuam reperiri an sit verum.*

45 *Actiones vtiles præsertim quæ dantur cessionario, an sint datiuæ, an natiuæ*

46 *Actio vtilis, quæ datur in locum directæ rescissæ, an sit datiua.*

47 *Obligatio an & quomodo mibi acquiratur ex pacto deponentis rem meam apud alium.*

48 *Actionem dari, non arguit deficere obligationem ex qua actio ipsa producatur.*

49 *Agens actio datiua an possit concludere id quod petit, sibi debitum esse.*

50 Actio-

Digitized by Google

50 *Actionem nō induci à lege propter pactum, nisi roborando ipsum pactum ac actionem producat.*
51 *Intellectus ad l.1. ff. de condictio. ex leg. & ad l. quotiens. ff. de actio. & obligatio.*
52 *Actiones datiuae an transeant ad haeredes.*
53 *Actiones ex delicto prouenientes esse natiuas.*
54 *Actiones quare dicantur dari, & num. sequen.*
56 *Actiones à Pretore dari, quotupliciter contingat.*
87 *Actiones quae à Pretore in subsidium iuris ciuilis dantur, an sint sine materia praeexistenti.*

ET IDEO RECTE. quae subtilis & pulchra sit huius §. materia, ex eius lectione videbis, cuius doctrinam & antiqui patres, & neoterici adeo inuoluerunt, vt nulla vera eorum sententia sibi constet, quae res effecit, vt quicquid volui in ista materia publicè disputabam, nam ex his quae dubia sunt nihil verum teneri, nec falsum euerti potest. Ego vero qui minor sum natu etsi ob hoc ipsum minori fungar auctoritate, in causis horum perquirendis, maiori diligentiae afficior commodo. Quare si nostra legeris facilè & clarè tibi constabit quid senserint Iureconsulti. Iste. §. breuissimè legitur à Bar. & à glossis, in eo tamen optimè cadit contractuum innominatorum summa discussio. Ponit Vlpianus illationem ex superioribus, quam tenet ex Mariciani auctoritate, & confirmatione Aristonis. In sum-

Ex Dubiis nihil verum obtineri, nec falsum euectio potest

In summa hoc continet, omnis contractus innominatus reciprocus, vltro citroque promissorius habet causam ex adimplimento alterius promissoris, ex qua vestitur ad ortũ actionis praes. ver. Haec sum̃a elicitur ex isto §. iũcto ver. sed etsi su. ea. l. Vnde hic §. habet illationẽ, nec hanc sum̃ae cõclus. quisq̃ phorrescat: nam est ex intentione plurium Iurisconsultorum qui in hanc sententiam conueniunt in nostro
1 tex. & alibi. Et praesuppono duo. Primum † notissimum, quod omnes contractus innominati respectiui habent quatuor species: aut enim sunt ex specie do vt des, aut ex speciẽ do vt facias, aut ex specie facio vt des, vel ex specie facio vt facias, de quib⁹ habemus ordinatissimũ tex.
2 *l. naturalis infra de praes. ver*. Secundum est, quòd isti contractus iudicantur secùndum modum implendi, & non secundùm modum ineundi, vel concipiendi, nam si est contractus facio vt des ex parte mea, erit facio vt des: ex parte verò tua do vt facias, prout dicimus in contractu emptionis & venditionis, quod ex parte vnius est emptio, ex parte alterius est venditio, *vt l. 1. de contrahen. empt. & leg. 1. de rerum permut. infra.* Haec fuit opinio Vltramontarum, quam refert & sequitur Bar. *in eadem l. naturalis. §. quod si faciam. & in l. cum mota. C. de transa. & in l. cum proponas. C. de dolo.* & Bar. cõmuniter in hoc approbatur de qua conclusione infra dicam. His ergo praesuppositis, summa nostra probatur expresse ex verbis legis, quia in versiculo sed

Cõmunis opinio.

lo sed

lo sed & si dictum fuit de conuentione, do vt des, & de conuentione do vt facias, scilicet quod ex tali conuentione oritur actio præs. verbis, quia conuentio vestitur ipsa datione, quæ quidem causa est sufficiens, vt oriatur actio ex tali conuentione. Idem, & eadem ratione erit in contractu facio vt des, vt patet *ex §. & ideo.* quē infert ex superioribus eadem ratione,& tamen loquitur in facio vt des,nam tu dedisti mihi seruum vt Pamphilum manumitterem,& ego manumisi Pamphilum. Sed seruus quem dedisti euictus est: itaq; ego possum agere contra te actione præs. ver. Ratio quia etiamsi ista conuentio sit innominata, tamen habet causam ex facto meo, quia manumisi,& ex parte mea erat factio vt des. Vnde non possumus negare,quod in facio vt des, ex ipso facto oriatur actio, præs. ver. Sed potest argui cōtra sumām,q̃a ētsi tex. iste loquatur in tribus cōtractibus,de quibus supra,nō tñ loquitur in cōtractu facio vt facias, Respōdeo,ꝙ idem est in cōtractu, facio vt facias, ad vestimētū cōtractus, q̃a prout in facio vt des, est factū ex parte adimplentis,& ex eo vestitur pactū:Ita in facio vt facias,nam si fecisti, factū est: ergo vestitur pactū eadem rōne, & de hoc non dubitatur, *vt l. naturalis §. pe. & vl.* vbi ex facio vt facias, oritur actio præs. ver. Vides ergo, ꝙ ex omni cōtractu innominato respectiuo oritur actio præs. verb. Sed textu. est ad literas contrarius, *in eadem l. naturalis. §. quod si faciā.* vbi con-

contractus, facio vt des, differt ab alijs: quia in eo datur actio de dolo cum nulla alia ciuilis actio competat, itaque denegatur actio præs. ver. in eodem contractu, cum ibi sit cautum: nullam in eo contractu ciuilem actionem cōpetere. Sed actio præs. verbis, est ciuilis, *vt in l. nostra.* ergo ipsa denegatur. Huius contrarij timore perterriti omnes doctores & glossæ, à vera sententia discedunt, fatentur quod contrarium. Ego vero, aut quia vt cantaber indomitus, non facile vincor. Audaciori assertione teneo, quòd etiam in contractu facio vt des, datur actio præscri. verbis: primo facit tex. noster. vt supra vidimus, sed contrarium præsupponentes respondent Paulus de Castro & Alexan. *in l. cum proponas. C. de dolo. in vltima. col.* quod Ideo in tex. nostro datur actio præscriptis verbis, & non de dolo, quia iste qui dedit, dando approbauit contractum & dando fecit quod potuit & si postea res sit euicta. Hanc eandem
99 solutionem dant Moderni, & Papienses *in ista. l. iurisgentium. in prin. in vlti.* nota. Ista solutio in obscuro est, quia ratio, quare in tex. nostro datur actio præs. verbis, ex eo melius sumitur, qui ex solutione doctorum, nam ideò est, qui sicut in do vt des, vestitur pactum ex ipsa datione: Ita in facio vt des, ex ipso facto causatur vestimentum: vnde de necessitate oritur pręs. ver. *vt patet ex dictione. & ideo.* itaque ideo oritur pręs. ver. actio, quia pactum habet causam scilicet ipsum factum, & ex hoc fuit reprehensus Iulianus.

nus, at in do vt des eadem ratione oritur præſ. ver. actio, ergo ad ortum actionis nulla differentia. 92
Dicere autem quod ideo in iſto caſu non datur de dolo, quia dando approbauit contractum, & fecit quod potuit: imo videmus quod *in leg. naturalis. §. at cum do. verſ. Sed ſi dedi.* datur de dolo actio, & tamen ille caſus eſt idem cum noſtro, de quo infra videbimus. Itaque doctores non videntur hæc ſentire rectè. Item nec illa ſolutio, quæ aſſumitur ex dictis Bar. *in d. l. cum proponas.* poteſt eſſe bona ſcilicet quod ideo in iſta lege detur actio præſ. verbis, ex facio vt des, quia ex facto aliquid adeſt, ſcilicet libertas ipſi manumiſſo: nam iſta libertas non eſt res æſtimabilis nec in hoc conſideratur talis ratio, vt oſtendam *in intellectu legis cum proponas.*

¶ Secundo ad iſtam partem facit *eadem lex. naturalis §. at cum do. verſi. Sed ſi dedi.* vbi etiam datur actio præſ. verb. qñ ego manumiſi, vt tu dares, ratio ſumitur à lege noſtra, quia ex manumiſſione veſtitur conuentio, & habet cauſam ad ortum actionis. Nec congruunt duæ ſolutiones quas dedit glo. ibi, quia eas rectè reprobat Paulus ibi, nec quam ipſe dat, quod ibi, actio præſ. ver. detur ad intereſſe conuentum fieri, de dolo autem ad intereſſe non feciſſe, quia etiam ſecundùm hoc verum erit, quod oritur actio præſ. ver. ex contractu facio vt des, & ita ipſe Paulus de Caſtro fatetur *in illo verſic. Sed & ſi dedi. in vltim. nota.* Tertiò facit tex.

l. naturalis. §. Sed si facio, vbi in contractu facio vt facias, oritur actio præsc. verb. ratio est quia feci, & ex facto meo datur causa ad ipsum pactum, *vt in l. nostra.* Sed non possumus negare idem esse ius in facio vt des, quia cum feci vt dares, necesse est quod detur actio præs. verb. cum ex facto resultet causa ad pactum. Nec obstat solutio Bar. *quam dat in §. quod si faciam.* quam confirmat Paulus *in eodem. §. in fi. ver. scilicet* quod est propter seruandam æqualitatem, quia cum ex vtraque parte sit factum, suadet ratio quod detur actio præs. ver. quod non est in facio vt des, *vt in §. quod si faciam*, vt ibi ipsi de-
3 clarant: certè † non rectè considerant causam istius actionis præs. ver. Tu ergo considera, & assumas eam ex Marciano & Aristone, qui in lege nostra declarant, quare in his contractibus oriatur talis actio, scilicet quia cum tu feceris id quod promisisti, pactum habet causam, vnde ex pacto nascitur actio. Præterea, in facio vt des est inæqualitas, & tamen oritur actio præscriptis verbis, ergo æqualitas non est causa ipsius. Item nec valet alia solutio, quam dat Bar. quod ille text. *in §. Sed si facio.* intelligatur, quando factum est tale, ex quo aliquid adsit. Secus aliàs: nam istæ solutiones duæ sibi contradicunt, quia si æqualitas operatur ortum actionis: ergo etiam si factum est tale, ex quo non adsit, debet oriri quia adest causa. Præterea si ex facto meo aliquid tibi adest, datur actio præscriptis verbis,

Digitized by Google

bis secundùm ipsos. Sed tunc potest esse inæqualitas, cum possit esse ex eo quod ex facto tuo mihi nihil adsit, ergo ex eo quod adsit, non est dicendum quod oriatur. Item si rectè animaduertas, esset destruere intentionem Iurisconsulti *in prædicta lege naturalis. §. Sed si facio,* vbi ponitur tota species illius contractus facio vt facias. Vnde dicere, quod tantùm loquitur ibi quando factum est tale, ex quo aliquid tibi adest, est annihilare textum, præsertim quod de natura facti est, vt id non consideretur an adsit, quia si adest aliquid, tunc censetur datio, & non factum, vt Bartolus *in lege cum proponas. Codic. de dolo.* & omnes ita hoc fatentur. Ex quo sequeretur, quod ille §. Sed si facio, non loquatur in facio vt facias, quando habet vim facti, quod est ridiculum, cum ibi tota species illius contractus concludatur. Cõmunis opinio.

¶ Quartò † probatur *per leg. solam. infra de præscriptis verbis*, vbi text. loquitur in facio vt 4
des, & tamen datur præscr. verbis actio. Nec obstat responsio, quæ potest sumi ex Bartol. ibi, quòd ideò ibi competat actio præscr. verbis quia aliquid adest, nam si aliquid adest secundùm ipsos, non potest habere locum actio de dolo, tamen textus in eodem casu, dat actionem de dolo. Ideò Paul. de Cast. dat aliam solutionem ibidem, nam ibi pactum fuit de indicando seruum fugitiuum, vt indicãti

aliquid daretur, vnde dicit Paul. quod ibi ex iudicio non adest aliquid sed propter id datur actio præ. verbis vtilis, si dolus non insit, si autem dolus insit, datur de dolo, *vt in §. quod si faciam.* Demum tamen Paul. quasi malè cõfidain sua solo, dicit quod contrarium est difficile & vix recipit bonam solutionem.

Ignota causa causantur errores, Textus singularis, errores.

¶Certe ignota causa causantur errores. Nam tex ille in d. l. solent, est singularis ad ostendendam veritatem per sua principia. Dicit enim quod si feci pactum de indicando seruum vt dares decem, & indicaui, apprehensusque fuit seruus, dabitur actio præs. verbis, at si opponas quod pactum est nudum, quia est conuentio innominata, respondet text. quod non potest dici ista conuentio nuda, quia habet in se causam & negocium: ergò ciuilis actio potest oriri. Ita dicit tex. in hæc verba. *& quidem conuentio ista non est nuda, vt quis dicat ex pactu actionem non oriri, sed habet in se negocium aliquod: ergo ciuilis actio potest oriri id est præs. verbis.* ita tex. ecce ergo, quod ideo in facio vt des oritur actio, præ. ver. quia ex illo facto pactum vestitur, vnde tex. ille, & iste optimè conformãt. Non ergo ex eo quod aliquid adest, sed ex eo quod facto pactum habet causam, dicitur oriri actionem præs. verbis. vnde miror de Paulo, qui adhuc dubitatiuè voluit dicere, quod ibi non haberet locum actio directa, scilicet præs. verbis, cum eodem modo & eadem ratione, ibi oriatur actio ex pacto, prout in l. nostra. Patet ergo, quod in

facio

Digitized by Google

facio vt des eo modo oritur actio præſ. verbis, prout in alijs contractibus innominatis hoc probatur, quia eodem modo concurrunt principia, ex quibus elicitur actio. *vt patet in l. noſtra & l. ſolent.* Quid tamen dicendum de §. quod ſi faciam? dicebat Paul. de caſtro *in §. at cum do. in 1. col. in fi.* quod ſi Iuriſconſultus reuiuiſceret haberet laborem in ſuſtinendo illo. §. ſed ego credo, quod ipſe non poſſet ſuſtinere ſi id diceret, quod in vulgo de eo. §. traditur, quia id contradiceret alijs principijs, vt dixi ſupra. Sed quod Iureconſultus intelligit facile & ipſe ſuſtineret, & nos ſuſtinemus. Refero † ergo verba tex. *in §. quod ſi faciam.* quod ſi faciam vt des, & poſteaquã feci, ceſſas dare, nulla erit ciuilis actio, & ideo de dolo dabitur. Senſus Iuriſconſulti eſt, quod nulla eſt ciuilis actio ſpecialis, nec ſit tibi durus talis ſenſus, q̃a neceſſarius eſt & probabilis. Iſte enim intellectus probatur. *ex l. permiſiſti. §. in fi. eo. ti.* vbi ſi me permiſiſti ſerere in fundo tuo, & fructus tollere, ſi tamen non patiaris me fructus tollere, dicebat Ariſto. nullam eſſe ciuilem actionem. Sed dubitabat Pomponius an dabitur præſ. verbis actio, vel de dolo, & dicit dolo dãdam. Ecce ergo quod Ariſto. qui dicebat nullam eſſe iuris ciuilis actionem: Intelligunt à Pomponio ſcilicet de ſpeciali actione: patet quia poſtea ipſe dubitat an dabitur præſ. verbis vel de dolo actio, & tamen in hoc non vult contradicere Ariſtoni. Immò cum Ariſto. dixiſſet

Iuriſconſulti ea quæ olim dixerunt, tunc defendere poſſent.

7

nullam iuris ciuilis actionem, dubitatio erat an dabitur actio præscrip. verbis vel de dolo, quia hæ actiones dantur in subsidium, quando iure ciuili speciales non inueniuntur, *vt l. 1. §. ait Prætor. infra de dolo. & l. 1. 2. & 3. infra de præscriptis verbis.* Patet ergo, eodem modo intelligendum text. *in §. quod si faciam.* Secundò ad istum intellectum facit lex 2. & 3. eod. titu. vbi tunc ad istam actionem præscr. verbis venimus, quando nullæ actiones, vel contractus iure ciuili proditi sunt: itaque cum deficiunt speciales actiones, dicimus nullas esse iuris ciuilis actiones, maximè cum tractamus materiam istam de præscript. verbis actione, quia tunc ista actio competit quando nulla est alia. Tertio facit similis interpretatio & necessaria *in l. 1. §. ait Prætor. infra de dolo.* vbi, in eodem casu dicebat Prætor quod de dolo actio datur, vbi alia ciuilis non datur. Sed videmus, quod de dolo actio concurrit cum generalibus ciuilibus actionibus, ideo ibi glos. & Bartol. necessariò Prætorem intelligunt, quod det actionem vbi alia specialis non datur, ita ergo & nos intelligimus. Paulum *in dicto §. quod si faciam.* Quartò nota perspicacem rationem. quod dictus §. quod si faciam, cum dicit nullam esse ciuilem actionem, non intelligit includere actionem præscrip. verbis, quia si hoc esset verum, sequeretur quod actio præscr. verbis prius competeret de sui natura, quàm actio de dolo. Patet, nam ideo dicit

Digitized by Google

cit actionem de dolo competere, quia nulla ciuilis competit. Sed falsum est, quod prius competat actio præsc. verbis, quam de dolo actio, *vt patet in §. at cum do. vers. etsi. & in dict. l. permisisti. §. fin. eod. tit.* ergo falsum antecedens. De hoc vide inferius. Constat ergo iureconsultum & rectè sentire, & facile posse sustineri. Vnde † vera est conclusio quod etiam in facio vt des oritur actio præscrip. verbis, nec talem actionem negat §. quod si faciam. Sed stat arg. nam si in contractu facio vt des, datur actio de dolo, ergo non competit actio præsc. verbis, quia vbi damus de dolo actionem, non damus præscriptis verbis actionem, vt supra. 8

¶ Respondeo quod vbicunque damus dolum, & non competit alia actio specialis, ibi datur de dolo actio, *vt in d. l. 1. §. ait Prætor.* at in facio vt des, si postquam ego feci tu cessas dare, præsumitur dolus, vt infra ostendam, & ideo datur de dolo, & hoc est quod dicit §. quod si faciam, sed si actus est talis, ex quo nõ præsumatur dolus, datur actio præs. verbis. Ratio, quia pactum habet suas causas, ex quibus oriatur actio. Ita intellige ver. sed & si dedi. & l. solent. & l. permisisti. §. fin. ex quibus iuribus hoc colligere poteris, in illis verbis, *si sciens dedi, de dolo actionem, si ignorans in factum ciuilem.* item ibi: *nisi quis in hoc casu de dolo actionem competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur.* Et ita Paulus de Castro dixit, limitandum

text. in §. quod si faciam, *per text. in versic. sed etsi dedi vt poteris eum videre in §. at cum do. in vlti. §. notabili.*

Obiectio. ¶ Secundò op. contra tex. nostrum, *de §. at cum do vers. sed etsi dedi*, vbi in eodem casu datur actio de dolo. Respondeo, vt supra dicebam, quod aut in facio vt des est actus in quo non præsumitur dolus, & tũc competit actio præs. verbis, aut est actus, in quo probatur dolus, & tunc datur de dolo actio, & ita text. iste debet intelligi cum illa distinctione, & hoc est verissimum. Sed stat dubium, quare in eo versi. sed & si, distinguitur, & in §. at cum do. sine distinctione traditur de dolo actionem competere. Responde quod in facio vt des, si ego feci & tu cessas dare, tunc præsumitur dolus cum repetere factum non possim, vt videbitur infra. sed si tu semel dedisti, etiam si res sit aliena, dũ tamen scienter rem alienam non dederis, nõ ita præsumitur dolus: Ideò in isto casu non datur simpliciter de dolo actio, sed cum distinctione, & ita debes intelligere l. nostram, & versi. sed etsi. Vnde hæc ratio, quod dãdo approbauerit contractum, facit cessare doli actionem, non tamen ex ista ratione oritur actio præs. verb. vt doctores credebant, sed quia cõuentio habet causam ex ipso facto, *vt tex. noster docet & l. solent. supra alleg. & idem est in illa l. solent.* Est enim actus, in quo eo ipso nõ præsumitur dolus, ideo distinguitur: Secus est *in l. permisisti fi.* vbi actus ostendit dolum, ideo sine distinctione

ctione datur de dolo actio. ¶ Vnde quærendum esset, an facio vt des concurrant istæ duæ actiones: & Raphael, *vt refert dominus Alexa. in l. cum proponas ad finem:* fuit in perspicatiori cognitione, quo ad §. quod si faciam. Ad quem §. dicebat, quòd ibi text. non loquebatur de actionibus generalibus, ideò præs. verbis actio concurrere poterat, cum actione dolo, *per text. l. solent. & in ea l. naturalis. §. at cum do vers. sed etsi.* certè ipse benè sentit, quo ad. §. quod si faciam. Sed eius opinio non potest constare, quia vbicunque damus doli actionem, ibi cessat præs. verb. actio probatur *in ea l. solent.* vbi oritur præs. verbis actio, nisi dolus arguatur idem *in vers. sed etsi dedi.* quia si sciens dedi rem alienam, datur de dolo, si ignorans præs. verbis actio. Ecce quod ignorantia necessaria est, vt actio præs. verbis locum habeat, & hoc est quod §. quod si faciam, simpliciter dicit, doli actionem competere, quia dolus præsumitur, ergo de dolo dabitur: nec si habemus doli actionem, curamus de actione præs. verbis. Hoc videtur præterea habere rationē, quia & si actio de dolo possit concurrere cum generalibus actionibus *vt notatur in l. 2. C. de dolo* actio tamen præs. ver. non credo quod concurrat cum alia actione generali, *vt l. 2. eod. titu.* ideò non concurrit cum actione de dolo, ꝙ videntur ostendere illa iura, cum eam negēt, dum est locus actioni de dolo: Nec opponas de *l. 2. de pactis inter empt. & ven.* C. quia ibi ex di-

Ff 5 uerso

uerso fonte procedunt. ¶ Ex his etiam destrues opi. Bart. & Paul. de Cast. *in d. l. naturalis. §. at cum do. & in d. l. cum proponas.* vt tenent, quod in legibus superioribus datur actio de dolo ad aliud, quàm detur actio præs. verbis, & idem tenent in eadem l. cum proponas, de qua infra. Sed si ad aliud daretur actio præs. verbis, ad aliud actio de dolo, vna per aliam non impediatur necesse est ad idẽ dari. Nec obstat ratio, quia contra nõ dolosum competit actio præs.

Obiectio. verbis, ergò multò magis contra dolosum, *vt l. quod seruius. infra quod vi aut clam.* quod arg. sequitur Paulus *in d. §. at cum do,* quia respõdeo quod actio præs. verbis, non datur propter dolum, sed ex suis causis scilicet quia pactum habet causam ex facto, vnde ex pacto oritur, *vt in l. nostra, et si l. solent.* Sed si dolus interueniat, tunc cum habeamus actionẽ doli, cessat actio præs. verbis, quæ cum ea non concurrit *vt l. solent.* itaque cessat, propter naturam actionis, quia

10 impeditur ab alia actione, cogita. Vt tamen † hæc rectè intelligantur quæritur, quæ est ratio quare in contractu facio vt des datur actio de dolo, & non, præs. verbis glo. *in §. quod si faciam,* tractat hanc quæstionem, & dicit finaliter cum Azone, quòd actio præs verbis debet dari ex pacto vestito, sed ex facto non vestitur pactum, quia ex facto meo nihil tibi adest, ergo non oritur actio præs. verbis: sed si tale sit factum, ex quo tibi aliquid adsit, tunc vestitur, & ita loquuntur iura quæ in ista materia

teria

Digitized by

teria dant actionem præſ. verbis: quam opinionem Bart. confirmat, dicens, quòd ex facio vt des, cum tibi nihil adſit, ceſſat æquitas, vnde oriatur actio,& ideò recurritur ad actionem de dolo, quia tu dolum committis, cum poſt factum meum nolis adimplere quod promiſiſti,& dicit hanc eſſe omnium ſententiam præter Ioannem & ad eam dat tex. *in l. ſolent eo. titu.* hucuſque glo.& Bar. qui communiter approbatur. Certè in his plura videntur eſſe negligenter conſiderata. Primò cum glo. dicat, quòd ex facto non veſtitur pactū, niſi aliquid adſit, hoc eſt falſiſſimum,quia ex quolibet facto iuſto,vt puta,ſi pro me iueris Romam, veſtitur pactum,habet enim negocium aliquod *vt l. ſolent*. Ergò veſtitur, & ita eſt tex. expreſſus *in eadem l. ſolent*. Contra Bar.& ſi dicas, quòd ibi aliquid adeſt, hoc nihil, quia etſi non adeſſet, dum tamen voluntate & conuentione tua ego aliquid egi,quis negabit, quòd pactum habeat negocium aliquod, ex quo veſtiatur,per eādem rationem, & per text. illum. Præterea, vt Paulus dicebat ibi, nihil adeſt ex facto, ſed propter factū quia ego ſoliū oſtendi &c. Item Bar.& cæteri pugnantia firmant,quia ipſi aſſerunt,ꝙ ſi aliquid adeſt,datur præſ. verbis actio, & non actio de dolo: at ſi non adeſt, datur act. de dolo.Sed ego vid. ꝙ in illa l. in eod. caſu datur act.de dolo, ergo nō adeſt aliquid,& vt ibi nō adeſt,datur actio præſ. verb. at ſi adeſt, vbi adeſt datur act.de dolo,itaq; vidētur docere ꝗ

Cōmunis opinio.

11

Textus expreſſus.

doceri

doceri non possunt. Bart. benè sensit hoc argum. & ideò dicit ibi, quòd ille text. in fine loquitur de dolo facientis, & non dantis, vt poteris colligere ex summario Bart. Sed non potest intelligi eo modo, quia si faciens fecit dolum, fateor quòd cessat actio præs. verbis, vt Bart. sentit, sed tex. loquitur eo casu. quo propter dolum oritur actio: Dicit enim, nisi & quis de dolo actionem competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur. Itaque de ortu actionis loquitur, & non de cessatione actionis, & ita tenet in hoc ibi Paulus de Castro. Patet ergò quòd eo modo vestitur ex facto, prout ex ex datione, quod clarè probatur *ex l. nostra. in isto §. & ideò.* vbi ex manumissione quam feci, pactũ habet causam. Nec obstat dicere, quòd ex data libertate aliquid adest alteri voluntate tua, quia hoc non est æstimabile, nec consideratur, vt ostendam in op. sequenti. Præterea hoc constat ex *§. at cum do,* vbi ex contractu facio vt des oritur prę s. verbis actio, & de dolo, ergò si aderat tibi aliquid, non poterat oriri de dolo, aut si oritur de dolo non aderat. Vnde videtis quòd non consideratur an aliquid adsit. Adde quòd esset inconueniens, quòd ille §. quod si faciam, qui loquitur vniuersaliter in tota specie istius contractus, *facio vt des*, debeat restringi ad casum, in quo ex facto aliquid nõ addit. Præterea obstat tex. *in §. sed si facio vt facias:* vbi etiam præs. verbis datur ex facto: at dicere quòd loquitur in casu, in

Obiect.

su, in quo adest aliquid, est totam speciem ad indiuiduum restringere, præsertim, quòd in casu finali nec libertas alteri data, nec ius patronatus cadit in interesse, vt ostendam inferius. ¶ Item considera verba Bartol. qui dicit, quòd si tibi ex facto meo aliquid adest æquitas ad ortum actionis præs verbis, sed si nihil adest, cum cesset æquitas, recurrimus ad actionē de dolo. Certè negligenter Bar. hæc considerauit: Quia si datur actio de dolo, quando nihil adest, necesse est inesse æquitatem, probatur, quia illa actio, cum sit prætoria, præcipuam habet æquitatem, *vt l. 1. ff. eo.* & videmus quòd actiones prætoriæ semper habent maiorem ordinem ab ipsa æquitate, quàm actiones ciuiles, *vt l. quod si Ephesi. infra. de eo quod certo loco iuncta l. 1. infra. de doli except.* Prætereà omnis conuentio, ea ratione, quòd conuentum est, habet æquitatem, *vt l. supra eo. l. Stichum. §. naturalis infra. de sol.* ergò siue adsit, vel non adsit, habet talis conuentio æquitatem. At si dicas, quòd vltra conuentionem habet aliam æquitatem ex eo, quòd ex facto meo tibi adest, vnde ex ea æquitate oritur actio, Respondeo, quòd etiam quando datur de dolo actio, consideratur alia æquitas vltra cōuentionis æquitatem aliàs sequeretur, quòd ex qualibet conuentione competeret de dolo actio, sed hoc est falsum. Ergò illa æquitas illius actionis alia est vltra conuentionis æquitatem.

¶ Prætereà hoc confirmatur, etiam eo destructo

structo quod Bar. sentit, quod prius cōsideratur, an possit oriri actio præs. verbis, & si ad talem ortum non est æquitas, tunc recurritur ad actionem de dolo: Itaque ex sensu Bar. si potest habere locum actio præs. verbis, non habet locū actio de dolo: Sed † ego video quòd
12 Iureconsulti aliter docent, nam vbi dolus arguitur, ibi statim dant doli actionem, & volūt quòd cesset actio præs. verbis, *vt supra dixi per l. solent, & per l. naturales. §. at cum do. versi. sed etsi & per l. permisisti. §. fi.* Attendit ergò æquitas ipsius doli contra dolosum prius, & tanquam maior quàm æquitas solius vestimenti ad ortū actionis præs. verbis, quod finaliter necessaria ratione ostenditur. Nam si ego feci, & tu postea cessas dare, hic sunt duo principia ad ortum actionis de dolo. Primum est quòd pactum est vestitum *vt l. solent*: Secundum est, quòd tu es dolosus, vnde congruit æquitati contra dolosum decepto subueniri, *vt l. 1. eo. titu.* vnde in isto casu, quando datur actio de dolo, concurrit eadem æquitas, quæ est in actione præs. verbis, & vltra eā alia, ob doli causam: vrget enim maior ratio & iustitia contra dolosum, quàm contra non dolosum, *vt l. quod Seruius infra quod vi aut clam. c. cum vniuersorum de rerum permu.* duo ergo vincula fortius implicant. *c. 1. de treuga & pace ecclesiastes. c. 4. l. fi. C. communia. de succes.* Et forsan hæc est ratio, quare prius detur actio de dolo quàm præs. verbis, cum fortiora habeat iuris principia. Vnde doctorū rationes ignoro, an

Vincula duo fortius implicant.

Digitized by Google

ro, an vera ratione tantùm valeant, vt his iure sit standum, & præter superiora video dictum Bar. contra seipsum *in l. petens. C. de pactis. in pen. q.* vbi dicit cum gloss. quòd emptio facta sub conditione vestit pactum, etiam non existẽte conditione, vt puta venditi aliquid sub cõditione, vt pro me ires Romam, etiamsi conditio non extiterit, quia tamen hanc spem tibi dedi, & periculum venditionis assumpsi, ideò vestitur pactum, vnde oritur præs. verbis actio, & ita patet, quod in illo casu nihil aderat, & tamen Bar. per rationem nostræ legis iudicat illud pactum vestitum, sola illa spe & negocio empt. & licet ibi Paul. de Cast. eum mordeat, nos tamen *in §. quinimò* saluabimus eum.

¶ Habemus ergo ex superioribus, pactum ita ex facto vestiri, prout ex ipsa datione: item quòd an ex facto aliquid adsit vel non adsit, nõ est considerandum ad dãdam præs. verbis actionem: Item quòd maior æquitas arguitur quando datur de dolo actio, quàm, quando actio præs. verbis, quæ quidem non concurrit cum actione de dolo, vt supra dictum est. Nec obstat arg. quod potest fieri: quia actio præs. verbis, alia est generalis, alia specialis: generalis datur, vbicunque est ęquitas, eam dari. Specialis cõpetit in contractibus innominatis respectiuis, vnde illa actio in his est specialis & ordinaria, ita Paul. de Cast. *in l. cum proponas supra alle. quasi ad finem* & alle. glo. *in l. 1. infra de præs. verb.* & idem confirmat, & ibi Alex. *in fin. ver.* dicens 13

cens hanc esse veritatem: & ista ratione dicũt, quòd actio de dolo nõ potest cõcurrere cum illa actione præs. verbis. quia vbi datur specialis, non habet locum actio de dolo, *vt l. 1. §. ait Prætor. eo. tit.* ergò secundùm hoc prius datur actio præs. verbis quam actio de dolo. ¶ Respondeo, & nego præsuppositum, quod detur actio specialis in contractibus respectiuis magis, quàm in alijs casibus, quia in omnibus datur vna ratione, vt patet *ex l. 1. & 2. & 3. eod. tit.* vbicunque enim est æquum oriri actionem, nec habemus eam, vel dubitamus quam habeamus, tunc oritur actio præs. verb. vt ibi patet, & ita dicebat gloss. *l. 1. non tamen*, quòd ea detur specialiter in contractibus innominatis, & quod in his sit ordinaria. Patet hoc etiam *ex l. nostra. & ex l. solent.* quæ declarãt quare nascatur scilicet quia pactum vestitur, & habet negocium aliquod, & non habemus aliam actionem. Eãdem tamen rationem inuenies *in t. 1. de æstimatoria.* ergò non est dicendum specialem dari, cum ex eadem ratione generali videamus in omnibus competere, quòd (vt dixi) satis clarè ostendit, *l. 1. eod. titu. in prin. & l. 2. & 3.* quæ leges non solum verificãtur in contractibus illis quatuor innominatis, sed in omni actione præs. verbis, cum earum ratio sit vniuersalis, sub qua etiam ista actio, quæ ex his contractibus oritur, comprehenditur, & ego ita respondebam cum mihi publicè disputandi hanc doctorum sententiam obijce-

Digitized by Google

obijcerent: ¶ Sed vt eò vnde egressus est, reducatur sermo: dico non esse quærendum, quare in contractu facio vt des non habeat locum actio præs. verbis, quia illa habet locum, cum habeat causas suas, nisi ab actione de dolo impediatur, vt supra latissimè patet. Sed quærendum est, quare in contractu facio vt des, dicimus competere actionem de dolo? Et vera causa proxima est, quia dolus interuenit tuus, si postquam ego feci tu dare nolis, qui quidem dolus, ex causis pæcedentibus facit parere actionem de dolo, *vt l.1.§.1.ff. de dolo.* nā cum pactum interueniat, & causa ad ipsum pactum, & dolus paciscentis, decens est actionem de dolo competere, quia interueniant causę, ex quibus illa actio producitur, *vt in ea l.1.* Hunc enim cognitionis modum sumpsi à Iureconsulto *in l.1. de doli except. infra.* vbi dicit, prius videndum est, quando dolo fiat, & ex hoc intelligitur quando doli exceptio competat, & dolo fieri ex facto præsumitur. Vnde ex ista doctrina cognosces, quomodo sit quærenda causa actionis doli, ad quam necesse est dare dolum *vt l.1.de dolo.* ¶ Quare ergò est, quòd ius præsumit magis dolum in isto cōtractu quàm in alijs trrbus? Respondeo quòd ideò est, quia in contractu do vt des, qui dedit, repetere potest, ideò non ita præsumitur dolus prout in contractu facio vt des: quia cum feceris, & facta non possint repeti, si cessat dare alius qui dare promisit, præsumitur dolo fecisse: ideò

14 15 16

Facta non possunt repeti.

Gg compe-

competit de dolo actio. Hanc rationem sumpsi *ex l. cum proponas C. de dolo.* secundùm verum intellectum, vbi text. loquitur in do vt facias, & tamen si dedi talem rem, in qua non possit habere locum repetitio, competit actio de dolo, & sic vbicunq; hæc causa inuenitur, habet locum actio de dolo, etiam in cõtractu do vt facias. Ergo cum regulariter hoc eueniat in factis, vt repeti non possint sequitur in facio vt des, de dolo dandam. Hanc ergo credo veram

Obiectio. rationem. Sed multùm obstat tex. *in §. sed si facio,* vbi in contractu facio vt facias, est factum ex vtraq; parte, & tamen competit præs. verb. *vt l. nostra. & l. solent. & in ea. lege naturalis. §. at cum do. in fi.* itaq; ex eo non denegatur actio de dolo, si dolus adsit. Quare autem magis præsumatur dolus in contractu facio vt des, quàm in contractu facio vt facias, vix ratio reddi potest, sed dicerem quòd in contractu facio vt facias, talis conuentio ab initio habet æqualitatem, quia ex vtraque parte est factum, & ex vtraque parte irrepetibile, secundùm naturã factorum vnde in cessante facere non præsumitur dolus, prout in eo qui dare cessat, post factum irrepetibile. ¶ Hoc tamen teneas, quod si dolus argueretur etiam in facio vt fa-

Obiectio. cias, daretur actio de dolo, per supra dicta iura. ¶ Item op. de l. solent. vbi text. loquitur in contractu facio vt des, & tamen non præsumitur dolus, respondeo quòd illud est, quia si dominus quærens seruum suum fugitiuum aliquid

liquid promittat, vt indicetur seruus etiam si postea non det, non præsumitur dolus, imò cum intentione soluendi id promisisse, ideò habet locum actio præs. verbis, nisi etiam in hoc casu argueretur aliquis dolus, nam tunc de dolo dabitur. Ita docet Iureconsultus. Eodem modo responderi potest ad l. nostram, vbi in contractu facio vt des datur pręs. ver. nõ actio, ratio est, quia qui dat præsumitur in dolo fuisse, nisi probetur scienter alienam rem dedisse, *vt in d. §. at cum do. versic. sed si dedi.* & nota quòd §. quod si faciam: loquitur in eo, qui post factum cessat dare.

¶ Ex his ferre non possum rationem Pauli de Castro, *quam ponit in §. quod si faciam in fi. verbis,* vbi dicit, quòd ideò non oritur actio pręs. verbis, in contractu facio vt des, quia videtur iniquum, vt si ego feci aliquid, ex isto facto vestiatur pactum, ita quod ego possim agere, vt des promissum vel interesse eius. Sed sufficit quòd detur actio de dolo ad interesse eius, quod feci: aut si dolus non insit, oritur actio vtilis præs. verbis ad tale interesse, non autem vt impleatur quod conuenit, vel ad interesse, quia ex alia parte non adimpletur. Vnde plures dat intellectus ad totam legem naturalis. Hucusque Paulus de Castro. Certè miror de tali interpretatione, & † contra eam primò 19
obstat text. noster, qui dicit illud pactum esse vestitũ ex facto, & ex vestimento oriri actionem præs. verbis, quæ quidẽ datur ad obseruã-

dam promissionem. Nec negari potest pactũ habere causam & vestimentum ex facto, vt supra dicebam. Item in eodem casu, & ad idem datur actio de dolo, si sciens dedit rem alienã, *vt l. naturalis. vers. sed si dedi.* ergò somnium merum est quod docet Paulus. Nec obstat quòd in hoc sentit, idcirco in isto casu dari actionẽ de dolo, quia cum semel dedit, videtur obligatum ad dandum, quasi renunciasset inæqualitati ipsius interesse, nam non rectè intuetur principia, ex quib. actio oritur q̃a act. ex cõtractu nascitur, vt Arist. dicebat, & ea ratione, q̃a pact. fuit vestitum ex facto promittentis contra dantem, non autem ex donatione dantis, vt Vlpianus cum Martiano inferebat: Itaque nullo modo ex intentione Iurisconsultorum Paulo assentire possum eò maximè, cum dicat actionem præs. verbis vtilem dari ex tali contractu, cum in hoc fuisset Iulianus reprehensus à Martiano: at si strictè cõsideres, dicit ipse, quod dando videtur renunciare inæqualitati: Quare ergò nõ videbitur renũciare inęqualitati ex ipsa cõuentione, cũ ipse sit contentus dare vt facias, præsertim quia ipsa renunciatio constat ex solo consensu, *in c. super eo, & per totum. de renun.* Itaque non videtur Paulum accuratè hæc scripsisse. Præterea quis dabit æqualitatem etiam in dando, vt si ego promitto dare vestem, tu tunicam: ea ergo ratio, quæ est in dandis, eadem est in factis, quia æqualitatem habent à voluntate & placito partium

Digitized by

tium, quod placitum ex facto vel ipsa datione æqualiter vestitur, *vt in isto text.* Item contra rationem ipsius facit lex solent, vbi textus expressè loquitur quòd pactum non est nudum sed vestitum & quòd ex eo oritur actio præs. verbis, ad hoc, vt impleatur quod conuentum est, nisi dolus insit, quia tunc datur de dolo actio, vt in illo text. & vtraque actio ad idem datur, aliàs vna per aliam nō impediretur, vt superius dicebam. Nec credas Paulo, qui *in l. solent.* dicebat actionem præs. verbis vtilem dari, quia cum pactum sit vestitum, sequitur ex pacto oriri, *vt l. nostra,* & nota quòd ipse Paulus quasi præsentiens fatetur *in Paragrapho si. lege natural.* quòd ratio sua, & quæ in ea dicit sunt valdè subtilia, & difficilia ad sustinendum. Textus expressus.

Secùndò principaliter op. de l. cum proponas. C. de dolo. vbi tex. ille loquitur in contractu do vt des, & tamē competit de dolo actio, sed in lege nostra datur præs. verbis. Ad huius contrarij solutionem tot fictiones imponuntur illi legi, quòd videtur difficilimum eas explicare. Primò ergò respondetur quòd ibi etiam si verba sonent conuentionem do vt des, tamen verè & realiter fuit datio ad faciendū, vnde habetur pro facto, ita glo. Vnde infert Bart. ad statutum quod facto pœnam imponit, vt illud statutum etiam habeat locum in dante vt fiat, vide per eum. Obiectio.

§ Sed obstat, *l. i. de manu.* vbi non dominus

manumittere non poteſt, ideò dicunt glo.& Bart. quòd ibi erat procurator in rem ſuam, vnde benè potuit manumittere.

¶ Item obſtat, quia ſecundùm eorum doctrinas, quando aliquid adeſt alteri ex facto meo, etiam in contractu facio vt des oritur præſ. verbis actio, & non de dolo. Sed ibi aliquid adeſt, quia nihil refert, an tibi adſit vel alteri, voluntate tua *l. ſolutam. de ſolu.* ideò Bartolus dicit quòd ibi, qui dedit ancillam, non volebat agere ad intereſſe conuentũ fieri, ſed ad intereſſe ſe non dediſſe, & ſic ad intereſſe repetitionis, at cum res ſit irrepetibilis, nõ poteſt agere condictione ob cauſam, ideò in eo caſu ſuccedit actio de dolo in locum condictionis ob cauſam. Hęc ſunt quæ Bartol. dicit, *quæ approbantur ab Ange. & fuit opin. Gyni. & Pet. & Nicola. Ma. & hæc Bald. comprobauit*. ſed Bal. *in eadem l. cum proponas*, & Sali. ibi in 6. op. tenent in hoc vltimo contra Bartolũ quòd ibi actio de dolo competat ad intereſſe conuentum fieri: ratio, quia ibi nihil adeſt quo ad commodum pecuniarum cum ius patronatus non ſit æſtimabile, *vt lege plane. la. 2. cum l. ſeq. de leg. 1.* ideò non poteſt habere locum actio præſ. verbis ad intereſſe conuentionis, & ob hoc agitur de dolo actione. Ita Salicetus & Baldus approbãdo gloſſas in dicta l. cum proponas: quæ tenent, quòd illa actio datur ad intereſſe conuentum fieri. Sed dominus Alexand. repręhendit Bal. & Sali. *de l. Lucius de ac. emptio. cum l. ſeq.*

Patronatus ius an ſit æſtimabile,

seq. vbi ius patronatus est æstimabile, quando ego sum patronus ex libertate data mera voluntate mea, secus ergo si libertatem dedi, vt voluntati alterius satisfacerem, *vt l. naturalis §. fi. & ibi glo. & Bart. su. alle.* cum ergo *in lege cum proponas.* ancillam liberam fecisti voluntate tua, vt eam iungeres contubernio tuo, dicendum est hoc esse æstimabile, vnde debuit oriri actio præs. ver. cum aliquid adsit, & ideò actio de dolo datur ad interesse repetitionis, quia ille in illo casu repetere volebat, & ita tenet do. Alex. cum Bar. Pau. verò est in noua opinione, fatetur quod dicit Bart. Sed addit, quòd nunquam actio de dolo competit in ista materia ad hoc, vt conuentum fiat, sed tantùm in locum condictionis, ob causam, & ita intelligit §. quod si faciam. Vnde dicit, quòd † ad 18 hoc vt actio de dolo competat, duo sunt necessaria quorum alterum est, quòd nihil adsit aduersæ parti, quia tunc agitur ad id condictione ob causam, aliud quòd factum sit irrepetibile: aliàs cum repeti possit, habebit locũ condictio ob causam, vnde nõ succedit in locum eius actio de dolo, ratio verò ex qua ad hoc mouetur est, quia si actio de dolo competeret vt promissum adimpleretur, nulla est ratio, quare magis cõpetat act. de dolo quã præs. ver. Idẽ tenet ipse Pau. *in l. nat. §. at cũ do. in fi. & in §. quod si faciã.* Sed id Ale. repræhendit. *Pau. per tex. in eadẽ l. cum propon.* vbi cõpetit actio de dolo, & tamen aliquid adest s. ipsum ius patronatus, quod

cadit in interesse, *vt l. Titi.* §. *su. al.* ergò falsum est, quòd ista duo requirantur. Hæ sunt opiniones doctorum *in d. l. cum proponas*, quas poteris ibi videre per do. Alex. & valdè miror, quòd tam clarissimi patres ita obscurè nos edocuerint.
19 rint. Dico † ergò ꝙ etiāsi omnes cōcordent, ꝙ ibi fuisset cōtract. facio vt des, & nō contra do vt des quasi hi cōtract. discordent in actio. ego tamen ab eis dissentiens, concordiam inter hos contractus clarè explicabo: & dico nihil finges nec addens, quòd text. ille loquitur tàm in contractu facio vt des, quàm in cōtractu do vt des: quod ex ipso casu verè apprehēdo, quem ita pono. Vnde Imperator talis habet ancillam meam, quam ibi contubernio iunxit, & inter nos placuit, vt ipse mihi daret pro ea mancipium suum, & nunc non vult dare: quare peto in hoc mihi de iuris remedio ꝓuideri. Hæc fuit quæstio indistincta, vt patet ex verbis, cum proponas inter te & eum, qui in contubernio ancillam tuam sibi iunxisse memorasti placuisse, vt tibi pro eadem daret mancipium: hac igitur quæstione posita Imperator distinctius respondet: siue tu manumisisti ancillam tuam, vt ipse daret mancipium: siue tu dedisti ancillam & ipse manumisit, non poteris libertatem reuocare, quia semel libera est, dabitur tamen de dolo actio, hæc dicit tex. in hæc verba: *intelligis quod si manumisisti vel dedisti & ipse manumisit reuocādæ liberbertatis potestatē non habes, sed de dolo agere poteris*

Itaq;

Itaq; text.ille primò ponit casum si manumisisti, & sic fecisti: secundò si dedisti, & ipse manumisit, & vtrumq; casum determinat eodem modo: nõ ergo dicendum est, quòd cum Imperator per alternatiuam posuerit duos casus, esse vnum, cum inter diuersos ponatur ipsa alternatiua: vnus autem à se ipso non distinguitur. Vnde cum illi duo casus sint positi ab ipso Imperatore, non est dicendum, quòd text. loquatur prout doctores fingunt: quorũ prima fictio est, quòd fuit datio ad faciẽdum, vnde text. ille solum loquitur in facio vt des. Sed vides quòd loquitur in facio vt des, & etiã in do vt des, & quia vtrobiq; eadem est ratio, eodem modo in vtrolibet iudicatur, ex quare constat, quòd non rectè inferunt ad quæstiones pœnales, quæ factis imponuntur. Secunda fictio quæ procedit ad defensionem primæ, est, quòd fuit procurator in rem suam, de quo ad illum text. nullum verbum, nec vlla fingẽdi necessitas, vt inferius apparebit. Tertia fictio est, imò falsitas, quòd ibi aliquid aderat ex facto, nam inferius ostendam ex iure patronatus nihil adesse, etiam si volũtate mea sim patronus, eò magis quòd adesse vel non adesse, nihil, quo ad veritatem, vt su. Quarta fictio fuit, quòd ibi agebatur tantum ad repetendum, nam de hoc nihil constat, imò, vt videtur in casu, ibi indistinctè fuit positus casus, sed ipse Imperator distinguit, & ego ostendã, quòd potuit agi de dolo ad interesse conuen-

 tionis.

tionis. Vt ergo videamus qua quisque vtatur ratione, primò ex communi sententia noto, quòd tam in l. nostra quàm in similibus aliquid adest ex facto, & ideo non potuit competere actio de dolo, nisi ad interesse repetitionis: & quòd aliquid adsit, probatur, quia adest alteri libertas voluntate mea, & an mihi vel alteri, mea voluntate adsit nihil refert, *vt dict. l. solutam.* Hæc consideratio communis peccat primò, quia ea ipsa se ipsam resoluit, quia cum nihil referat, an tibi soluatur vel alteri voluntate tua, consideratur tua voluntas, cui satisfit alteri soluendo: sed eodem modo satisfit tuæ voluntati facto ipso, cum tibi ipsi placuerit vt fiat, ac si solutum esset ipsa datione. Nam
20 † solutionis verbum non exigit præcisam numerationem, sed sufficit satisfactum esse, *vt l. solutionis verbum. infra de sol. & l. solutionis. de ver. sig.* eò magis quòd in his contractibus innominatis non compellitur quis præcisè, sed vt interesse satisfaciat, *vt l. naturalis. §. 1.* at cum tibi placuerit pro facto dare, si factum est dare teneris, quia eo modo satisfit voluntati tuæ facto ipso, ac si satisfieret ipsa datione, si de dando placuisset. Item etiam si secundùm doctorum disciplinam ius patronatus sit inæstimabile, *vt l. planè. la. 2. in fi. de leg. 1.* tamen si manumissio fiat vt solum satisfiat voluntati manumittentis, habetur in interesse. Sic ergo factũ ipsum habendum est in interesse, cum ego aliquid facio vt tibi satisfaciam, ideò eodem modo, &

per

Digitized by Google

per eandem rationem dicendum est, tibi aliquid adesse, ex quo pactum vestiatur.

¶ Præterea quòd alteri adsit libertas, secundùm eosdem, est ac si tibi adesset, sed quo ad alterum est inæstimabile, ergo quo ad te: vnde non debet considerari an adsit vel non: cum id quod adest æstimationem non capiat, & ad hoc optimè facit text. *in §. fi. l. naturalis*: vbi, ideò non potest agi ad interesse eius quod apud te est, quia libertas filij tui quo ad te, non cadit in interesse æstimabile, & ideò agitur ad id quod mea interest eum liberum non fecisse. Hinc non possunt stare quæ ipsi doctores docent, *circa l. nostram. & circa l. naturalis. §. at cum do: versi. sed si dedi. & circa l. cum proponas*, quod in his casibus illa libertas, quæ est apud alium voluntate mea, facit quòd oriatur præscrip. verbis actio, ac si ea ipsa contrahenti adesset. Nam illud adesse non consideratur, etsi verum sit, quòd datio libertatis tanquam factum vestiat ipsum pactum. Vnde sequitur, quòd secūdùm doctrinam Bart. in isto casu, actio de dolo cōpetit, ad interesse conuentum fieri, quia ea ratione dicebat Bar. ad id non competere, quia aliquid aderat, sed non adest, ergò competit. Item, licèt ipsi dicant, quòd in casu l. cum proponas, habet locum actio præs. ver. falsum est, quia eorum ratio deficit, ex qua dicunt habere locum. Item alia obstat, ex qua non potest habere locū, quia datur actio de dolo, quę repellit actionē præs. verbis, & si ipsi è cōuerso

cre-

Cõmunis opinio. credant, contra *leg. solent, & contra §. at cum do: & contra l. permisisti. §. fi.*

21 ¶ Secundò nota, quòd ius patronatus a est æstimabile & cadit in interesse, quãdo manumittit vt suæ satisfaciat voluntati, ita tenet glo. & Bar. *in l. naturalis. §. fi. & Bar. & glo. in l. plane. la. secunda in §. fin. supra alleg. & Bart. & glos. in l. idemq; in fine. cum l. praeced. aliàs incipit Titius vel Lucius de act. empt.* licèt alijs verbis vtatur. Idem firmat Bar. *in l. si constante in 7. q.* primæ partis. *& l. de viro. in princ. sol. mat.* Sed etsi hæc ita firma tradãtur, ego tamen in ea semper sum hæresi, vt nihil nisi ipsa ratione docente crediderim: ideò animaduerto, quòd ius patronatus de se est quid inæstimabile, *vt d. l. planè. §. fi. l. nemo predo. infra de re. iu.* vbi regula traditur, quòd locupletior quis non est ex eo, quòd libertum acquisierit. Idem *l. 1. §. assignare. & l. assignare. de assig. li. in d. l. naturalis. §. fi.* si ergò ius patronatus de se est inæstimabile, non video quòd ea ratione fiat æstimabile, quòd dominus seruum liberauerit sua voluntate: maximè cum sæpius & peculiarius sit, vt serui dominorum mera voluntate liberentur, ex quo hæc esset communior conclusio, quod æstimabile sit, tamen hoc falsum,

a Adde ꝙ ius patronatus est honorificũ, onerosum, vtile, competẽs in Ecclesia cõstructa pẽ decon sensu Dio-cesani. 22 *Ioan. An. Abb. in Rubri. de iure patro. glo. in C. pie. ibi. Arch.* 16. est aduertendus ꝙ ius patronatus acquiritur per fundationẽ, *tert. in c. nobis de iure patro. 2. in C. Abbatẽ.* 18. *quæ 2. iter. per constructionem ecclesiæ in c. Monasterium. 16. q. 17.* 2. si etiam patronus sit infans vel pupillus an possit præsentare, vel tutor eius nomine *singulariter. sed de senis consil. 17. Actu. in c. decernimus. 16. q. 7. Ioan. And. in c. ex eo. de elect. in 6. in Nouella Panor. in* c. 1. de *iure patro.* ꝙ patronatus sit indiuisibilis. *Videter. gl. & sicut in c. 1. de iure Patro. 2. in c. querimoniam. eod. titu.*

sum, icirco & antecedens. Præterea principaliter ideò dubitandũ est de ista cõclusione, q̃a fundamentum doctorum non solùm eam nõ firmat, sed etiam destruit: totũ † ergo fundamentum stat *in d. l. idemq́;. §. si. cum. l. Titius.* ex qua 23
continuatur, vbi hæres Arethusam vendidit simpliciter, quam ex testamento infra certum tempus manumittere tenebatur: postea emptor eam manumisit sua voluntate. Sed cum ipsa potuit consequi libertatem ex testamento, decreto iudicis & eam velit consequi, vt hęredis remaneat liberta: dubitatur cuius remanebit liberta, respondetur quod hæredis & non venditoris. vnde emptor agere potest actione ex vendito, si tamen emptorem elegerit patronum, tunc non poterit agere de euictione, ratio quia nihil sua interest. Hæc sunt quæ lex illa dicit, vnde glossa colligit, quod ibi ex iure patronatus agitur & cadit illud ius in interesse. Aliter † tamen, vt credo, versatur ratio illius tex. nam non ex interesse iuris patronatus agitur ex empto, sed ideo, quia si hæredem elegit patronum, ab eo censetur libera facta, vnde emptoris interest euictam esse. Nec obstat quòd eam manumiserit, quia ex electione quam fecit Arethusa, manumissio emptoris remanet inualida, vnde de euictione agit: secus est si Arethusa emptorem eligat patronum, quia ab eo est libera facta, vnde remanet eius liberta, & nihil sibi deest, nec quicquam potest interesse, quia ipse eam manumisit 24

sit & eius manumissio valet, & hoc est quod in fine l. dicitur, quòd non habet actionẽ quia nihil sua interest, cum habeat libertam. Dico ergo, quod in illa l. si desinit esse patronus, non ex iure patronatus agit, sed quia cum alium eligat patronum, remanet res euicta. Nec obstat manumissio facta, quia illa remansit inualida, cum remaneat valida manumissio fideicommissaria, & quòd hoc sit verum ostendo, quia non agit emptor ad interesse iuris patronatus, sed ad precium, quod pro tota serua soluit: imò ad interesse totius serui, quanti interest seruum illum habuisse in tantum, quòd petere potest ea, quæ expendit in edocenda Arethusa, nisi excedant duplum eius valoris, *vt in d.l. Titius. quasi ad fi. & l. venditor. infra de euict.* Sed constat, quòd omnia ista non veniunt in interesse iuris patronatus, ergo eius interesse nõ consideratur. Sed quia, si ab eo aufertur ius patronatus, censetur tota res euicta, ideò ad omnia ista tenetur. Præterea quòd ratio glossæ non procedat, probatur: finge quòd ego emi seruum, ea conditione, vt manumittere deberem eundem infra certum tempus, manumisi, postea inuenitur eum esse alienum, & à domino manumissum: itaque ius patronatus nõ est apud me, certè necessariò dicendum est, quòd ego habeo actionem ex empto contra venditorem, per sententiam Iuliani, *in d.l. Titius.* ratio, quia res est euicta. Ecce ergo, quòd in isto casu ego manumisi, vt alienæ satisfacerem

Digitized by Google

rem voluntati, & tamen est eadem ratio, & eo modo agitur ex defectu iuris patronatus, cuius causa non est interesse iuris patronatus, sed quia eius defectus arguit rem esse euictam. Ex his primò redditur dubitabilis communis cõclusio: secundò infertur ad glo. *in l. sed hoc nomine. infra de euict.* vbi gloss. soluens legem naturalis. §. fi. dicit, quòd ideo ibi ius patronatus non est ęstimabile quia est in odium ipsius, qui non vult adimplere contractum, &c. Dic melius, quòd ideo ibi non æstimatur, quia non est æstimabile, vt tex. dicit, an deducendum erit ꝙ liberum habeo, sed hoc non potest æstimari: itaque ea ratione nõ deducitur interesse, quia non potest æstimari: non vt glo. dicebat, vnde etiam intelliges eandem legem. Sed hoc nomine, scilicet quòd ibi ius patronatus non venit in interesse de per se, vt supra dixi. Secundò ex superioribus intelliges quod dicit Bal. *in l. 1. in vlti. q.* C. de peri. & commo. rei ven. vbi dicebat quòd pro euictione iuris patronatus competit de euictione actio, per prædictam l. Titius. quod intellige, vt suprà, quia ex tali iure patronatus probatur seruum esse euictum, vnde ad totius serui interesse competit de euictione actio.

¶ Tertiò inferas ad intellectum eorum quę dicit Bar. *in eadem leg. Titius.* vbi docet, quòd ex iure patronatus dicitur quis locupletior contra eum à quo quis habuit seruum ex causa onerosa, & per consequens pauperior, si desinat 25

nat esse patronus. Secus aliàs *vt l. plane.* vbi traditur, quod ex iure patronatus quis non dicitur locupletior. ¶ Hæc doctrina Bar. prout verba sonant, stare non videtur, quia non constituitur magis locupletior in vno casu quàm in alio, cum id ius non possit in interesse pecuniario existimari. Sed ita intelligo quòd ex illo iure ablato, censetur rem totam, id est seruum euictũ, quia manumissio ipsius vendentis non remanet valida, vnde inspicitur existimatio serui, non autem iuris patronatus. ¶ Ad propositum ergo dico, *quòd in l. cum proponas.* illud ius patronatus adesse ei, qui manumisit, non consideratur. Vnde dominus Alex. non rectè nec hac nec alia ratione Bal. & Salic. redarguit: benè verum est, quòd etiam ipsi perfectè nõ intelligunt, cum dicant, quòd in illo casu poterat non habere locum præsc. verbis actio, quia nihil aderat: nam vt videtis adesse, vel nõ adesse, non consideratur ad actionem præscr.

26 verbis, vt supra docui. ¶ Tertiò noto † ex doctrina communi in quam omnes consentiũt, quòd quando res non potest repeti, non habet locum condictio ob causam, nam hac ratione dicebant dari actionem de dolo ad repetendum, quia cum res non possit repeti, nõ potest habere locum condictio ob causam, in cuius locum datur de dolo actio. Vnde constat, quòd vbi res repeti non potest, non habet locum condictio ob causam ad æstimationem rei. Nos vero de hac sententia dubitamus.

Cõmunis opinio.

Digitized by Google

mus, videmus enim, quòd condictio ob causam non solum datur ad easdem res, sed etiam ad alias, *vt l. si mulier. infra de condictio. ob causam.* vbi ob causam fuerat facta acceptilatio, & tamen pecunia petitur, & sic aliud pro alio, & subiungit Iurisconsultus rationem, quia nihil interest, vtrum acceptilatione, an numeratione pecunia ad eũ perueniat. Ecce ergo quòd interesse eius rei, quod apud te fuit consideratur: facit melius tex. *l. si pecuniam. §. item si quis dederit. de con. ob causam*, vbi pro pecunia seruus petitur, & ita notat ibi Bart. quòd aliud pro alio solui potest, & itidem Paul. facit glo. *in l. si pecuniam. in princ. in fi. glo. magna*: facit ratio text. *l. quod indebitum, de condi. indeb.* vbi dicit quod indebitum errore soluitur, id ipsum aut tantundem repeti potest: facit melior tex. *l. si non sortem. §. si libertus. eod. tit.* vbi pro re, quæ repeti nõ potest, competit condictio ad interesse.

¶ Vltimo do tibi tex. glo. Bart. & Paulum & Moderniores, *in eadem l. si pecuniam. §. si seruum*, vbi pro seruo manumisso competit condictio ob causam ad ipsum precium vel interesse. Et ita ibi notant omnes hi doctores: benè verum † est, quòd in hoc hæsitatur, an precium sit in 27
solutione vel in obligatione, *vt l. in re furtiua. de con. furtiua. & l. illud. §. 1. de dona. cau. mort.* tamen quomodocunque id intelligas, verum erit, quod etiam si res non possit repeti, habet locum condictio ob causam. Item hoc comprobabis hac ratione, quia in donatione causa

Cõmunis opinio.

Hh mor-

mortis habet locum condictio ob causam, *vt l. qui mortis causa. eod. titu. & l. senatus. §. donatio. & de condi. ob causam l. cum quis. infra.* sed si seruus sit à donatario manumissus, petitur eius interesse *l. si is cui. & l. si filio. de donat. causa mort. infra.* ergo competit actio ob causam in casu legis cũ proponas. Itaque satis miror, quòd tanti patres hæc præterierint incogitata. Constat ergo quòd non est congruus intellectus communis, ad l. cum proponas, cum fundamenta eius constare non possint: nam, vt videtis, falsa est ratio, quòd ideo competat actio de dolo, quia non poterat habere locum condictio ob
28 causam. ¶ Restat ergo dubitatio, ad quid competat actio de dolo. Respondeo quod de natura sua in isto casu competit, vt conuentum fiat vel soluatur interesse, *vt l. naturalis. §. quod si faciam. & ibi glo. & doctores. & probatur l. solent.* ad idem enim datur actio de dolo, ad quod datur præsc. verbis actio. Idem probatur *per §. at cum do, versic. sed si dedi iuncta ista nostra lege.* Item hoc constat ratione, quia omne id consequitur quis per actionem doli, quod consecuturus erat per aliam, *vt le. eleganter. in princip. eodem titulo. facit text. l. 3. Codic. si aduersus libertatem,* vbi dicitur, per hanc actionem subueniri idennitati partium, sequitur ergo, quod si mea magis intersit vt soluas interesse conuentionis, ad id poterit agi: quod etiam probatur à causis suis, si enim conuenimus de dando vt dares, & ego dedi, iste contractus habet obliga-

Digitized by Google

ligationem, quia pactum tali causa vestitur, *vt l.nostra.& l.solent.* Ista autem obligatio est, vt adimpleas quod promisisti, aut interesse soluas. Sed si talis est actus vbi dolus arguitur, ex illa obligatione nascitur actio de dolo: quia dum non habemus actionem specialem & habemus obligationem, sit locus actioni de dolo, *vt l.1.in princ.& §.ait Prætor. eod.titu.* Dabitur ergo talis actio *in dict.l.cum proponas*, vnde constat opinionem Pauli non esse iustam, qui dicebat actionem de dolo in his contractibus ad repetendum solum competere, Nec obstat eius ratio, quæ negat nullam esse rationem, quare actio de dolo competat ad interesse conuentionis, cum habeamus actionem præscrip. verb. quia respondeo, quod imò est summa ratio & conclusio necessaria, vt actio de dolo detur, cum insint principia, ex quibus oritur. Nec obstat id quod ipse & cæteri credunt, actionem de dolo, non posse concurrere cum actione præsc. verb. cum ista sit specialis: nam eam probaui generalem, imò per prius, competere de dolo actionem, si damus eius principia quàm actionem præscr. verb. vt patet per omnia ista iura.

¶ Sed opportunè quæritur, an actio de dolo possit competere ad interesse repetitionis, scilicet quanti interest mea seruum habere quem dedi vel manumisi, & ego credo quod competat: ratio, quia si mihi id magis conueniat, idennitati meæ totali-

taliter ex hac actione succurritur, *vt in d. l. elegauter in princ.* Præterea facit text. *l. naturalis. §. fi.* vbi actio præsc. verb. benè competit ad tale interesse, ergo idem in actione de dolo. Item facit, quia ista actio de dolo potest concurrere cum actionibus generalibus, *vt l. 2. C. eod. & l. 1. § ait Prætor.* vbi notatur infra eod. tit. Nec obstat regula. *l. si tibi. 10. infra de præs. verbis.* vbi tunc recurrimus ad condictionem ob causam, cùm non habeamus interesse ad conuentionis obseruationem. Respondeo, quod verùm est, quòd recurritur ad cōdictionem ob causam, quia id est melius ipsi agenti, non tamen negatur, quòd actio de dolo non detur ad idem. & ita hoc constat ex doctorum disciplina: ipsi enim docent, quòd in casu l. si proponas. ad repetendum datur de dolo, sed in illo casu cōpetit condictio ob causam, vt supra ergò ad idem concurrere possunt. Vnde non curo de his quæ Bar. docet, *in l. naturalis. §. vltimo.* qui credidit has actiones non posse cōcurrere & condictionem non habere locum vbi res repeti non poterat. ¶ Item constat ex superioribus, quòd duo quæ Paulus dicebat requiri, vt competeret doli actio, non sunt necessaria, imò nec vnum: nam nec est necesse, quod res non possit repeti, nec est necesse quòd nihil adsit. Alexand. tamen non eum reprehendit legitimo iure, credens quòd ius patronatus sit æstimabile. ¶ Vidimus ergò maiores nostros non rectam docuisse rationem quo ad l. cum proponas.

Obiectio

29

ponas. Sed vno præsupposito forsan falso, in plures vagasse errores. Ideò facile responde- bis ad illam legem, quòd illa lex & si loquatur in contractu do vt des, tamen quia eadem est ratio quæ in facio vt des: ideò eodem modo oritur actio de dolo: nam ea ratione dicebam actionem de dolo competere in contractu facio vt des, quia in factis irrecuperabilibus præsumitur dolus: ergo eodem modo, vbi datum non potest recuperari, hoc est quòd in l. cum proponas, ponderatur, libertatem tollere repetitionem, & ideò de dolo dari. Vbi ergò in contractu do vt des arguitur dolus, ibi dabitur de dolo, prout etiam dicimus in contractu facio vt des, & tunc cessabit actio præscrip. verbis, *vt l. solent, cum similibus.* ¶ Sed 30 quæro quæ erit differentia aut effectus harum actionum? Respondeo quòd triplex est. Prima quòd actio præscript. verbis est perpetua, *l. sicut. & l. omnes. C. de præsc. 30. vel 40. annorum. in princ. Insti. de perpetua act.* Sed actio de dolo durat biennio, *l. fin. Cod. de dolo.* Secunda est, quòd non datur actio de dolo pro minori summa quàm duorum aureorum, *l. si oleum. in fin. cum l. sequenti. infra de dolo.* Tertia quòd est famosa, & ideò non datur contra patrem vel patronum, *l. non debet. infra de dolo.*

Vnus error sæpe multos parit.

¶ Vnde aduertendum est, quòd in omnibus his casibus, si cessat actio de dolo, agimus actione præscript. verbis, ratio quia illa actio habet sua fundamenta naturalia, ex quibus

ducatur, *vt in l. nostra.* Vnde si feci contractum de dando vel faciendo vt des, & post factum vel datum probetur dolus, post biennium competet mihi actio præscrip. verbis, quia iam cessat actio de dolo: idem est si minor est summa, nam cum non habeat locum actio de dolo, dabitur præscr. verbis. idem contra patronum, vnde hæc ita sunt intelligenda, *per l. solent. & per l. naturalis. §. at cum do. versic. sed si dedi.*

31 ¶ Item quæro, si ego manumisi vt tu manumittas, & non vis manumittere, certum est, quòd dabitur actio præscr. verbis, *per rationem text. nostri. & per l. naturalis. §. si.* quia ex manumissione mea vestitur pactum: vnde ex pacto vestito oritur actio: sed dubito ad quid datur talis actio? certè non poterit dari ad interesse conuentionis: ratio, quia vt seruum manumittas non est interesse æstimabile, dabitur ergò ad interesse eius, quod versatur in habendo seruum quem manumisi. Ita declarat Iureconsultus, *in l. naturalis. §. fin.* & in hoc consentimus & Bar. & Bal. & ego. Opponitur tamen, quòd non competat actio præscr. verbis ad tale interesse, quia natura eius est, vt ad interesse conuentum fieri competat, *vt leg. naturalis. §. 1.* & videmus, quòd ad interesse repetitionis habet locum condictio ob causam, *vt leg. si pecuniam. §. si seruum. infra de condict. ob causam.* Respondeo, quòd in isto casu non possumus negare actionem præscriptis verbis oriri: quia constant principia ex quibus producitur, cùm

cùm tamen non possit verificari in interesse conuentionis, recurritur per eam ad interesse repetitionis, id est, quanti interest mea seruum non manumisisse, quod interesse ego credo quòd veniat accidentaliter in condemnatione, & non natura obligationis: quod si diligenter consideretur, probatur *vt leg. naturalis. §. fin. nam in. §. penultim.* dicitur quod in contractu facio vt facias oritur actio præscriptis verbis ad interesse conuentionis, sed in §. finali dicit Iureconsultus idem esse in illo casu: tamen necessariò sequitur, vt eius fiat condemnatio, quanti interest mea seruum habere quem manumisi: cuius ratio est, quia cum non inueniatur in illo casu interesse conuentionis, necesse est, quòd veniamus ad istud. Sed op. istud interesse est extra id quod fuit actum in contractu, nam repetitio semper venit extra id quod actum est, *vt notat Bartolus in leg. naturalis. §. & si quidem. & probatur per textum leg. si is qui. infra. commodati.* cum ergo veniat extra id quod agitur, non est dicendum venire in obligationem. Respondeo, & noto quòd etiam in obligationibus facti, ex ipsa intentione venit in obligatione ipsum factum, successione tamen à lege introducta, agitur ad interesse, *vt probatur leg. stipulationes non diuiduntur. versic. Celsus. infra de verb. obl. Bar. ibidem in 7. q. dicam Deo dante. in c. 1. de pactis.* vnde cum ad conuentionem adimplendam agatur, & pars nolit manumit-

tere, necesse est quod interesse soluatur: at cum nullum aliud interesse inueniatur, deuenitur ad id quod interest non fecisse, & hoc est quod dicit tex. in hæc verba: *& necessariò sequitur vt eius fiat condemnatio, quanti interest mea, seruum habere quem manumisi.* vnde videtur gloss. *in verbo necessario,* à separatis loqui, credo quod est corruptè signata. Secundò infero, quòd ista actio præsc. ver. non nascitur tacitè ad istud interesse, quia licèt istud interesse veniat extra id quod agitur, non tamen est verum, quòd talis actio tacitè nascatur, nam ad implendam promissionem nascitur actio, vt supra, sed postea alternatiuè competit, aut ad conuentum, aut ad interesse, *vt constat ex eodem. §. & si quidem.* vbi dicitur, quòd agitur vt dãneris, mihi quanti interest mea illud, de quo conuenit, accipere, itaque ad interesse condemnatur, quia prȩcisè non compellitur, sed alternatiuè petitur, & cum constet eum promissum nolle facere, restat condemnatio ad interesse. Vnde nota, quòd ista actio non nascitur etiam ad interes-

32 se repetitionis. Ex quo † inferas ad intellectũ *l. si procuratorem. in §. si liber homo. infra mandati,* vbi si liber homo bona fide possessus tibi mandauerit, vt eum redimeres, & dedit ex peculio pecunias ad redemptionem, quibus emptum tu ipse de facto manumisisti: postea detecta est eius libertas, dicitur ibi, q̃ ille liber homo habet actionẽ mandati cõtra mãdatariũ, vt sibi actiones mãdet quas habet aduersus eũ, à quo

à quo liberum vt seruũ emit. glo. ibi dicit hanc actionem tacitè nasci, quia nascitur extra agentium voluntatem, idem tenet gloss. *in l. si is qui commo.* sed subtilius forsan dicendum esset, quòd ibi actio illa tacitè non nascitur, sed nata, secundùm naturam suam, ad incogitata competit, quia in alio verificari non potest, vt videmus *in d. l. naturalis §. fi.* & videntur verba sonare, quæ ibi à Iuliano referuntur, habere eum mandati actionem, Iulianus ait, aduersus eum cui se redimendum mandauit, sed hoc tantùm inesse mandati iudicio, vt sibi actiones mandet, quas habet aduersus eum, à quo comparauit. In his ergo verbis clarè ostenditur mandati actionem ex mandato nasci: ergo non tacitè, quia de mandato actum fuit, cum tamen ad aliud verificari non possit, in hoc tãtùm verificatur mandati iudicium, vt sibi mãdet actiones. Hæc certè videtur veritas ad illum text. ex quo etiam habebis verum intellectum ad l. cum seruus infra mandati.

¶ Nec obstat præal. *l. si is qui.* quia ibi non fuit intentio obligandi, *vt tex. dicit*, hîc tamen potuit stare obligatio, & de illo tex. si materiæ cõgrueret, certè subtilia & forsan (& si singularis opinionis) verissima tamen diceremus, de quo satis amplè disputauimus. Tertiò inferas, † quòd condictio ob causam, & actio præs. ver. possunt competere ad idem, & de hoc nõ dubito, etsi Bartol. & cæteri omnes contra teneant in casu, in quo res non potest reperiri, &

Obiectio.

33

Digitized by Google

non inuenitur intereſſe conuentionis: tunc enim videmus competere actionem præſ. verb. *vt in eo.* §. *ſi.* at ad idem poteſt competere condictio ob cauſam, *vt l. ſi pecuniam.* §. *ſi ſeruum. de condict. ob cauſam.* ergò conſtat noſtra op. vnde oboritur magna declaratio *ad l. naturalis* §. *& ſi quidem & alia ad l. ſi tibi decem. de præſ. verbis.* Sed reſtant duæ dubitationes: prima, an, quando habetur æſtimatio conuentionis, præſ. verbis actio competere poſſit ad repetendum, & videtur quòd ſic, *per text. l. cum precibus de rerum permu. Cod.* ſed contrarium verius erit, *per eandem l. naturalis.* §. *1.* & reſponde ad l. cum precibus. vt ibi per doct. ¶ Secunda eſt, an condi-
34 ctio ob cauſam naſcatur extra id quod agitur: & Bar *in d. l. naturalis. in eodem.* §. *etſi quidem.* notat ex tex. quòd oritur extra contractu: idem notat Pau. de Caſt. ibi. Sed poteſt dubitari, primò quia quod mortis cauſa donatum eſt, repetitur condictione ob cauſam, *vt l. cum quis infra de condi. ob cau.* Sed id dicitur inter partes agi, vt cauſa non ſecura reddatur, *vt l. ſenatus* §. *doni datio. in his verbis: ergò qui mortis cauſa donat, qua parte ſe cogitat, negocium gerit ſcilicet vt cum conualuerit reddatur ſibi*: & ideò habet condictionem ob cauſam, vt ibi dicit Paul. Ecce ergò, quòd ex illo negocio quod geritur, ex intentione agentiũ naſcitur cõdict. ob cauſam: præterea facit ratio, quia ſi condict. ago cauſam nõ ſecuta, ideò ago, q a ob cauſam dedi, & ſic ſit relatio ad contract. quaſi ſit cõuentum ꝙ cauſa non

Digitized by Google

non secuta mihi reddatur quod rectè videtur docere *praall. lex senatus: item facit lex 3. §. quinimò. infra de condi. ob cau.* vbi condictio ex contractu oritur, tamen metu huius præsuppositi, Bart. ibi intelligit condictionem scilicet certi generalem, vel præs. ver. actionem quæ condict. appellantur. *vt instit. de actio. §. sit itaque.* Sed. nota, quòd tex. dicit: habet act. id est condict. & sic voluit magis specificè declarare condictionē, eò magis quod aliàs nec titu. cōformaret, nec constructuræ tex. ad præcedentia: sed de illa lege nihil affirmo. Vt tamen defendas istam opi. si velis, poteris respondere ad l. naturalis. §. 1. ꝙ ibi nō dicitur, quòd condict. ob causam oritur extra id quod agitur, sc. ꝙ actio præs. ver. competit, vt damnetur aduersa pars, quāti interest id quod conuenit accipere. Ex quo non sequitur, ꝙ repetitio nō fuisset in conuētione, si causa non fuisset secuta. ¶ Item nō obstat *lex si is qui commodati. infra* nam ibi de condi. indebiti loquitur, in quo casu errore soluitur: sed cum ob causam datur causa nō secuta, agitur, vt habeat locū repe. *vt in d. l. sena. §. don.* ¶ Nec obstat ꝙ posset replicari *de l. si in area. de condi. inde infra* vbi, prout, qui ob causam dat, agit negocium, *vt in §. don.* ita qui indebitum soluit, & tamē non ob hoc dicitur ꝙ nasc. ex contract. sed nascitur extra id ꝙ agitur, *vt in supra al. leg. si qui.* Respondeo primò, quod qui indebitum soluit gerit negocium solutionis, *vt in d. le. si in area.* & ideò re obligatur, *vt in §. item is qui instit.* Obiectio.

quibus

quibus modis re contrah. ob. Sed non contrahit intentionaliter, *vt in l. si is qui. & patet in eodem. §. item is qui.* Sed qui ob causam dat, hoc ipso agit, vt causa non secuta repetere possit, *vt in d. lege senatus.* ¶ Secūdò respondeo, quòd, etiā retenta
35 intentione Bar. verissimum erit, quòd condictio ob causam oriatur ex contractu, quod est contra eundem Bar. probatur, quia etiam cōdictio indebiti, in qua secundùm ipsos est omnino eadem ratio, oritur ex contractu, *vt probatur in eo. §. item is qui*, re enim contrahitur obligatio scilicet ipsa solutione, *vt in d. l. si in area.* quod latius declaraui *in l. 1. §. conuentionis sup. eo.* ergo sequitur, quòd etiam condictio ob causam oritur ab ipsa rei datione. Vnde esset hæc noua conclusio, q̀ cōdi. ob causam ex re nasc. id est ex ipsa solutione, secundū intentū Bart. & Pau. & cæterorum, quòd ego nō affirmarē, tamen eorum ratione videtur constare, & verum esset, quòd etiam si condictio ob causam extra id quod agitur competat, tamen oriri debet ex contractu, prout condictio indebiti. *vide quæ dixi in §. conuentionis* Item † quæro an isti
36 quatuor contractus innominati, iudicentur secundùm modum concipiendi contractum, an secundùm modum adimplendi? & Barto. passim tenet, quòd iudicantur diuersimodè, habito respectu ad personas, vt puta, si facio vt des, ex parte mea erit facio vt des, ex parte verò tua do vt facias, prout dicimus in emptione & venditione &c. Quæ opinio, vt infra decla-

Digitized by Google

declarata, vera est, & vt tenet latè Bar. *in l. naturalis. §. Sed si facio.* contra glo. *in §. quod si faciam. & in l. cum proponas. C. dolo. & in l. cum mota. Cod. de transact. & vbique latè Bar.* Sed op. de §. at cum do, versi. sed si dedi, vbi secundùm hanc opinionem, cum ego manumiserim seruum, est facio vt des, & tamen ponitur sub illa specie do vt facias, quæ est diuersa ab specie facio vt des. Respondeo, quòd ideò in illa specie ponitur, quia casus ita ponitur, quòd ego prius dedi vt tu faceres, postea euenit quod fecisti: certè ex parte tua, fuit facio vt des, vel q a dedisti: vnde nõ negatur q ex parte facientis nõ competat illi speciei s. facio vt des. Sed cõsiderato initio, ponitur ibi sub illa specie. Vt † tñ clarius & 37
verius ista cõstet, considerandũ credo, q ut illi cõtract. incipiunt à cõuentione, & sola, & tũc est in illa cõuentione habilitas ad vtrunq; contractũ, non tamen actus: verbi gratia, cõuenimus de exigendis debitoribus communibus, vel de ædificandis inuicem insulis, *vt loquitur tex. l. naturalis. §. sed si facio:* vel conuenimus vt aliquid darẽ vt eas Rom. Certè in hoc casu, si ego prius dedi, erit do vt facias, sed antequã tu des est impossibile quod sit facio vt des: huius ratio vera est, quia isti contractus ex ratione dicuntur innominati, quia non habent nomen, & ideò habent appellationem à facto & re, quæ geritur, nam si aliquid dedi, cum ea conuentione quòd tu dares, ex illa conuentione & facto appellamus contractum, do vt des

des,& hoc eſt, quòd dicuntur innominati: ſed ſi adhuc nō do, falſa eſſet talis oratio do vt des. Hoc ſatis cōprobatur *à tota l. natur.* vbi ab ipſa executione ſemper incipiunt tales conuẽtio. nam ſi nec dedi, nec feci, falsò diceretur do vt des vel do vt facias, vel facio vt des, vel facio vt facias. Ad verificationem enim horum contractuum neceſſe eſt dare executionem ab aliqua parte. Item hoc ꝓbatur, quia ſi talis contract. ſtat in ſola conuentione, nec pertinet ad l. naturalis, nec ad tex. noſtrū, quia ex omnib. illis quatuor ſpecieb. oriuntur act. ſed ex nuda conuentione nulla oritur. Vnde à ſola cōuentione nec ſunt illi contractus, nec appellãtur. Faciunt ea quæ dicit Bar. *in iſta l. Iuriſgen. in prin.* ꝙ aliud eſt depoſitum, & aliud pactū de deponendo, aliud cōmodatum, & aliud pact. de cōmodando, quia cum hi contract. habeant nomen ab executione, nō poſſunt ſolo pacto cōſiſtere. Ita eo modo dicendum eſt in his contract. innominatis, quòd ex ſola conuentione conſiſtere non poſſunt, quia ſumunt ſuū eſſe ab executione ex parte vnius: dicendum tamẽ eſt, quòd ſi ſolùm eſt conuentum, illa conuẽtio eſt habilis, vt ex qualibet parte poſſit oriri contract. nā ſi tu feceris, erit facio vt des, & ſi ego dedero erit do vt facias. ¶ Sed ſi tales contract. initiantur, prout ſonant, & non incipiãt à nuda cōuẽtione, exẽpli cauſa dedi vt faceres vel tu feciſti vt ego darem, ego tunc nō video, quomodo ſit poſſibile, vt ex vna parte ſit facio vt des

vt des,& ex alia do vt facias: quia cum talis cõtractuum denominatio ab ipsa re, verè & realiter sumatur, si ego dedi vt faceres, nõ est possibile, quòd tu feceris vt ego darem, sed quia dedi: itaque ex parte tua non potest verificari ista cognominatio facio vt des. Hoc constat ex argumento, quia hi contractus concipiuntur in vim modi, scilicet vt aliquid facias, vel vt des, vt docet Bar. *in prin. l. naturalis. & l. si intra. infra isto tit.* Sed † modus est moderatio quædam 38
rei perfectæ adiecta, vt videbis per Bar. *in l. quibus diebus. §. Thermius minor infra de cond. & demon.* Vnde est ꝙ per modum non suspenditur obligatio, cum & ipse rem perfectã, & obligationẽ iam inesse productam significet, *vt l. 2. Cod. de his quæ sub modo.* Si ergò est modus moderatio rei perfectæ, quomodo ergò est possibile, ꝙ res perfecta ad modum se habeat, vt modus ad rem perfectam, & modus ad rem perfectã, vt res perfecta ad modum? ¶ Ex his dicendum, quòd iste contractus facio vt des, ex parte tua non erit do vt facias. Fateor tamen, quòd ad effectum producendæ actionis, non interest, quia si dedisti & ego malè feci, habebis eo modo actionem, prout habetur in contractu do vt facias, & ita è contrario *vt probatur ex ista lege iurisgentium. in §. & ideò. & in d. Paragrapho at cum do. versic. sed si dedi.* & ita potest intelligi Barto. & concordari cum glossis quæ tenent contrarium de quibus satis latè per Bald. & Sali. & Moderniores *in l. cum mota. C. de transact.*

¶ Nec obstãt Bar. fundamenta, nã omnia ver-

ſantur ad conuentionem: Fateor enim, quòd ſi conuenimus vt ego darẽ & tu faceres, quòd hic poſſit cadere vterque contractus, vt in emptione & venditione: tamen ſi vnus prius adimpleat contractum, non poteſt cadere talis contractus ex alia parte, nec in hoc eſt bona ſimilitudo emptionis vel locationis, quia non poteſt eſſe emptio quin ſit venditio, & idem de locatione & conductione: ſunt enim correlatiua. Sed facio vt des, benè poteſt eſſe ſine eo quòd ſit do vt facias: imò verum eſt, quòd ſi facio vt des, etiamſi tu dederis, non poteſt dici do vt facias, non enim dediſti vt facerem, ſed ideò quia feci vt dares. Et eodẽ modo reſpondeo *ad §. ſed ſi facio*, cum loquitur de illa conuentione, de debitoribus mutuò exigendis. ¶ Nec obſtat *§. at cum do, verſi. ſed ſi dedi.* imò facit, quia ibi caſus ille ſub illa ſpecie ponitur quæ non deberet poni, ſecundùm Bart. Nec obſtat actio de dolo quæ ibi datur, nam non eò quod ſit facio vt des oritur illa actio, ſed ea ratione, dum dolus probatur, &, vt dixi ad ortum actionis fatendum eſt eandem eſſe rationẽ.

39 ¶ Item quæro, cum tex. noſter hanc actionem appellauerit incertam præſ. verbis actionem, quæ eſt ratio, quare præſ. verbis appellatur, gloſſa, *in Rubrica infra de præſ. verbis*, dat rationem, quia certa & præſcripta verba erant, dum dabatur iſta actio in his contractibus, ſicut in quibuslibet alijs actionibus, in quibus forma ſeruabatur, *vt l. 2. §. omnium infra. de orig. iuris*:

Digitized by Google

iuris: sed aliæ acquisiuerunt sibi nomina, hæc verò non, sed remansit in hoc nomine præs. verbis. Paul. de Cast. eam glo. ibidem pungit, quia videbatur innuere, quòd illa formula actionis non sit sublata in act. præs. verb. etsi in alijs nominatis action. sit sublata, quòd falsum iudicat, cum in omnib. vt perniciosa talis accusatio formulæ, sit sublata, *vt l. C. de for. sublatis*. Sed ego non credo quod glo. tale sentiat: ipsa enim non dicit in ista actione formulam permanere, sed ab illa formula, vel ab illis verbis contigisse nomen. Fateor tamen, quòd in hoc non rectè reddat rationem: Item nec credas, quòd glo. dicat, quòd aliæ actio. acquisiuerunt sibi nomina post formam actionū sublatam, nam falsum diceret: Sed voluit dicere, quòd illæ habebant propria nomina, ista autem ab illis formalibus verbis habuit nomen, cum aliud non haberet. ¶ Ad propositum clarius dabis rationē, quia videmus, quòd ista actio præs. verbis datur vbicunq; contractus non habet nomen, vel vbi dubitamus quis sit contractus, *vt l. 1. & 2. & 3. ff. eo.* ideò non potest habere proprium ipsius actus nomen, sed datur secūdùm verba, quæ inter ipsos cōtrahentes præscripta & prolata sunt vnde præs. verb. appellatur, & eadem ratione appellatur in factum scilicet secundùm factum quod inter cōtrahentes interuenit, & ideò dicitur incerta, quia horum factorum nullū est nomen vel certitudo: imò incertis modis causatur. Hanc rationem sensit

Paulus in eadem Rubri. quam tamẽ clarius tibi tradidi, & eam corroborare poteris, *ex l. cum mota. In fi. C. de transact.* vbi dicetur, quòd danda est actio quæ præs. ver. rem gestã demonstrat, à verbis ergò quæ in ipso actu interueniũt dicitur præs. ver. cum aliud nomen non habeamus, & à re gesta dicitur in factũ: nec mirum,
40 nam † præscribere est idem quod præponere, vt Cicero in Cato: at senatui quæ sunt gerenda prescribo, & quomodo Carthagini iam diu malè cogitanti bellum inferatur, multò ante denuncio. Idem notat Calep. dictionarius, ꝙ etiã legib. comprobatur *vt in l. incommodato. §. sicut infra cõmo.* ibi commodati finẽ & modum præscribere eius est, qui beneficium tribuit, & postquam præscripserit illud, excedere nõ potest. Idem ꝓbatur *ex l. 1. §. in conducto depositi infra.* quem text. melius ex his intellige quam gloss. intellexerit. Item hæc ratio resultat à mente Bar. *in l. 1. in fi. col. quasi ad finem infra de condi. ex lege*, vbi dicit tunc dari præs. ver. quando in aliquo actu ex quo resultat obligationis æquitas, verba interueniunt. Vnde Bart. vult, quòd verbis non interuenientibus, non cõpetat præs. ver. sed in factum: sed cogita. Hæc in materia contractuum innominatorum quã breuius potui, constrinxi: vereor tamen dum singulari opinione omnium rationem quærimus, ea ignota aberremus: sed satis laboris nostri ratio sibi suppetet, si alijs cognoscẽdæ veritatis causam,
41 vel potius occasionem præbuerimus. Nunc † transeo

transeo ad id quod Bart. not. ex l. nostra, quam singularem appellat, asserit enim ꝙ hîc melius quàm alibi, distinguitur aliquas actio. natiuas esse & alias datiuas: natiuæ sunt illæ quæ habẽt materiã præexistentem & sufficientẽ à qua oriantur: datiuæ sunt quæ præexistentẽ & sufficientem materiam non habẽt: ꝙ à satis exquisito simili probatur. Nam Adam, qui fuit protoplastus, potest dici homo datiuus, fuit enim à Deo simpliciter ꝓductus, alij verò homines, qui ex patre & matre nascuntur, possunt dici natiui. Ideò Iulia. fuit hîc repræhensus, qui dicebat actionẽ à Prætore dandã, cum non esset materia sufficiens ex qua oriretur, quæ in veritate erat sufficiens, nam erat cõtract. innominatus, vestitus implemẽto iustæ causæ: eadem verba, & latius docet Bart. *in l. 1. in 2 col. infra de oblig. & act. & in l. 1. C. de actio. & fuerunt ver. Iaco. Bu. & Petri per tex. nostrum.* Vnde inferũt ad quæst. glo. ibidem, an act. vtilis natiua vel datiua dicatur. Itẽ Bal. hæc cõfirmat per theolog. rationẽ, nam duob. modis aliq̃d in esse producitur, aut per viã creationis, ꝙ cõtingit quasi de nihilo: alio modo per viã generat. cum aliqua generãtur ex alio, regrediẽdo de potentia præexistẽtis materiæ, vnde actio. datiuæ, quasi creatæ dicuntur, natiuæ verò quasi gene. & ꝓdu. addũt hîc Mod. Tici. ꝙ hoc est max. vtile scire, q̃a act. datiuę nõ sequũtur natu. aliarũ act. quantũ ad transmissi. ad ipsos hæred. sed natiuæ transmit. *vt l. 1. C. vt act. ab hæ. & l. contr. de obli. & act. infra.* &

Textus singularis.

datiuę non transmittuntur. Ita declarat glossa peregrina secundũ ipsos *l. cum precario in glo. fi. infra de precario*, quã dicunt paucis notam. Hæc sunt verba horum patrũ, quorum auctoritates vbiq; & passim confirmantur. Vt ergo horum veritatẽ videamus. Primò noto, aliquas actiones esse natiuas, hoc est sine obligatione, nam eas dicit natiuas Bar. *in l. 1. in 2. col. ad finem infra de act.* & ita dicit apud Iurisdoctores sumi actionem natiuam, & si fateatur quod Iurecõsulti hoc latius sumebant: eas enim datiuas appellant quæ præexistentẽ materiam, id est cõtractum non habent, quasi materiam non habeant, vnde trahantur. Sed doctores, vt ipse dicit, considerant proximiorem causam, quæ est ipsa obligatio, quæ si deficiat, actio verè dicitur datiua, cum non habeat vnde confletur. Nam ex cõtractu nascitur obligatio, & ex obligatione actio, *vt notatur in l. 1. ver. adeò. su. eo.* Sed si obligatio non est, non poterit nasci actio, ergo erit datiua. Ego cum hanc materiam disputassem, & defendebam doctores, & tenebã contra eos, tàm in hoc, quàm in alijs pluribus. Tamen quàm commodius potero, ostendam aliquas dubitationes.. Primũ † videtur, quòd nulla sit actio datiua, quia nulla est actio sine obligatione, a quod argumentum videtur ineuita-

a Illa reg. q omnis actio nascitur ex obl. nõ semper vera est, & tunc procedit quando de actionib. in personam loquimur: hæ action. nascuntur ex obligat. §. *omnium Insti. de act.* obligat. oriuntur vel ex cõtract. aut quasi ex cõtract. aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio §. *seq. actio Insti. de obliga.* At cũ loquimur de act. 42 in rem, tũc superior regu falsiss. sima: hæ enim non nascuntur, ex contract. vel quasi ex maleficio, vel quasi pinde nec ex oblig vt docet tex expres. in d § *omnium versic. aut cũ eo agit qui nullo iure est obl. g de l.* sed oriuntur ex re, seu ex rei detentione teneturq; detinens ad rei consti nõ tamẽ est oblig. ex cõtractu. Ita Donel. quem vid *in ff. de action. ad d. §. omnium.*

euitabile & ineuitabiliter probatum: omnis enim definitio conuertitur cum definito, *vt probat labeo in l.1.§.1.infra de dolo*: nulla est igitur actio in qua non verificetur definitio actionis, at in ista actione, si actio dici potest, non conuertitur: ergò non est actio: quòd non verificetur, probatur, quia in essentia & definitione actionis præsupponitur obligatio, est enim ius persequendi in iudicio quod sibi debetur, ergò si non debetur, non est actio, at si debetur, est obligatio. Item hoc satis congruè probatur: nam naturaliter omne id quod est ex materia consistit & ex forma, vt tenẽt Phi. & hoc à Iureconsultis etiam in proposito confirmatur, sed ius naturæ metas non transgreditur, imò nec transgredi posset, *vt l.ventre.ff.de act.here.& ibi.Bar.in 2.col.& in l.cum quidam.§. quod suum eod. titu.* ergò non est dicendum actionem esse compositam sine materia. Nec obstat quod notat glo. *in §. condictiones. institu.de ver. ob.* quod iuri sunt nota ea, quæ sunt tantum nota Deo. *per l.sed si restituantur.§.fi.de iudicijs.* ipsa enim malè, salua pace, intelligit, quia illa lex non probat ea esse nota iuri, quæ Deo solo, vt futura nota erat, cum ibi non sit cognitio futurorũ sed præsentiũ scilicet quot sint in ventre pleno, vt idem probatur *in d.§.quod suum, vbi Bar. & Pau.de Cast.* constat enim, ius à vi ordinaria naturæ excedere nõ posse, quia à l.naturæ subordinatur, & ab ea assumit vires, vt in prouc.per me Reges regnant & principes dominatur: tenet

Ius ciuile vires assumit à lege naturæ.

net sanctus doctor. Et hinc dicitur, l. naturam semper imitari, *vt in §. adop. insti. de adop.* item in hoc dubitabilior mihi reddit ista doctrina doctorũ, quia video, ꝙ ius in productione actio. & oblig. voluit quodammodo imitari naturã: cum introducat quasdam natiuitates, & productiones exemplo naturę, *vt l. licet. §. ea oblig. de procu.* vbi dicit obligat. parere actionem, quasi mater pariat filium: in eo ergò in quo ius ciuile voluit imitari naturam, ꝙ eius vires excedat non videtur æquè consideratum. Tertiò probatur, quia vbicunq; ab ipsa lege aliquid præcipitur, ibi est danda actio, *vt l. statuas. de ac. rerũ do.* & sine legis præcepto vel necessitate, non erit inuenire actionem. Sed vbicunq; lex aliquid præcipit, ibi est obligatio, *probatur per l. obligamur. de act. & obli.* & ratione quia legi parere necesse est, *vt l. 1. ff. eo. & l. veluti. de iusti. & iu.* ergò inest obligatio, quæ est vinculũ quoddam iuris necessarium, vt patet in definitione. Quartò probatur, quia qui vult consequens necesse est & velit antecedens vt *l. Paulus. aliàs incipit per procuratorem infra de acquir. poss.* Sed si ius velit dare actiones, antecedens est, vt velit obligare cum eius antecedẽs sit obligatio, *vt probatur per eandem definitionem. facit lex 1. in princ. C. de rei vxo. act.* quòd vbi aliquid à lege introducitur, omnia necesse est venire introductione, quæ sunt necessaria, & producentia ipsum introductum: sed si actio introducitur, cum ex obligatione producatur, per consequens censetur

Consequẽs qui vult, velle præsumitur id ꝙ necessario antecedit.

tur

tur obligatio introducta. *facit l. quotiens. infra de act. & obl. & l. 1. de condictione ex l.* vbi ex l. prouenit actio, quando l. aliquid præcipitur, & tamẽ illa actio præsupponit oblig. vt ibidem illa iura sonant. Item, hæc conclusio † melius videtur 43 constare, si probabimus, ꝙ nulla sit obliga. datiua, prout doctores datiuam intelligunt. Primò probatur ex definitione obligationis, iuncta maxima diuisione obligat. & præsuppono quòd ibi obligatio definitur, ergo comprehẽdit omnem obligationem, vt dicebam ex Labeone, qui hoc edocet *in l. 1. infra de dolo.* Sed omnis oblig. quę sub illa definitione cõprehenditur, ex materia ꝓducitur, probatur per diuisionem, nã prima omnium obligat. diuisio fit à causa efficiẽte: aut enim ciuiles sunt, aut prætoriæ *vt in §. omniũ insti. eo.* Secunda diuisio est à causa materiali, *vt §. sequens.* quæ omnes obligationes aut ex contractu vel quasi, aut ex delicto vel quasi nascunt. & ita fatetur ibi Christophorus Porc. & Moder. ꝙ illa diuisio est à causa materiali: ergò nõ debet esse mãca & truncata. Imò ego credo, quòd cum omne ens ex materia & forma cõstet, ita omnis oblig. diuisio ponatur, à causa materiali. Item hæc cõfirmãtur *p l. 1. ff. de ob. & ac.* vbi etiã diuisio ponitur à causa materiali, & cum viderit diuersam habere materiam, & multiformem eas obligationes, quæ in diuisione nõ cõprehendebantur, dicit oriri & produci ex varijs figuris causarum. Ex quo benè datur intelligi, nullam esse

Ens omne constat ex materia & forma.

obligationem, quæ ex sua causa non producatur, & hunc intellectum tenet Bar. *in l. si me & Ticium. infra si cer. pet. Item facit lex si ii qui. in fi. infra cõmo.* vbi etiamsi obligatio proueniat extra id quod agitur, scilicet extra intentionem cõtrahentium, nihilominus dicitur nasci, videtur ergò, quod nulla sit actio, quæ non habeat præexistentem materiam: quia omnis actio habet obligationem & omnis obligatio suam causam ex qua producatur. Sed quia argumẽta

44 † videntur in contrarium vrgere, ideò si ipsa velis resoluere, ita consideres. Primò quòd nõ obstat tex. noster, qui præcipuus & singularis in hoc redditur. Ponderatio Petri Iaco. Bart. & Bal. & Moderniorum est quòd Iulianus dicebat actionem in ista lege à Pretore dandam. Marcianus & Aristo reprehendunt eum, quia ista actio est natiua, cum habeat contractum vnde nascatur. Ecce ergò, quòd illæ actiones sunt natiuæ, quæ habent vnde nascantur: datiuæ verò erunt, quæ non habent vnde oriantur. Hæc est ponderatio doctorum, nescio si sit docta: quia verè potest probari, quòd Iulianus in quantum dixit actionem esse dandam, non malè loquitur, nec in hoc reprehenditur, hoc constat, quia *in l. naturalis. §. at cum do. ver. sed si dedi.* posuit idẽ Iulianus istum casum, & dicit dandã esse in fact. ciuilẽ act. & tñ ibidẽ approbatur sententia Iul. vt tenet ibi glo. nec credendũ est Pau. in hoc ibi posuisse Iul. sententiã quę reprobata erat, vt inferius ostendã manifestè:

Doctorũ Ponderatio non semper docta.

festè:

festè: ergo in hoc nõ stat aliqua differentia an detur vel nascatur, cum ea ipsa quæ nascitur, dicatur dari, *vt in d.l.natura.§. at cum do, & maximè in §.quod si faciam. & l. permisisti. §. fi. eo.tit.* vbi illam actionem natiuam dicitur dari debere, nihil ergo probat verbum dãdam actionem, vt actio quæ datur censeatur esse sine materia, ex qua producatur. Ex hoc patet, legem nostram non probare id, ad quod à vulgo passim citatur: quinimo id teneri forsan possit, quòd etiamsi actio esset danda in subsidium à Prætore, talis actio nunquam datur quin præcedat obligatio prætoria, mortuus fuisset siue viuus Prætor. Nec illa obligatio erit datiua id est sine materia vel causa, à qua producatur: quia æquitas ex qua Prætor mouetur, & factum ex quo illa ęquitas resultat, est materia ex qua cõflatur, & ordinatur ipsa prætoria obligatio, Itẽ non obstat aliud arg. quod potest formari ex communi disciplina, quòd obligatio naturalis se habet vt materia ad productionẽ actionis, *vt latè Bar. l.1. de condi.indeb.l.si vnus.§.pactus. infra eo.* sed videmus aliquas actiones sine ipsa obligatione ciuili, *vt in d.§.pactus. & in §. institu. de except.* ergo aliquando causantur actiones sine causa materiali. Respondeas vno modo ex disciplina doctorum, quòd in illis casibus actiones sunt natiuæ à principio, etiamsi postea cesset causa materialis. Sed de hac responsione, nec de his quæ ibi docent nihil curo cũ id verum crediderim, quod obligatio natura-

lis non sit causa materialis ad productionem
45 actionis: dicam ibi. ¶ Tertium arg. potest formari, quia vtilis actio, præsertim quæ datur cessionario, dicitur datiua, *vt notatur l. ex legato. C. de legat. 1. l. 1. in princ. magna glo. de obl. & actio. infra l. 1. C. eo. & l. ex maleficijs. §. hæres. ff. eod.* Bart. hanc glossarum doctrinam ratione confirmat *in d. l. l. 2. col. infra* de obl. & actio. constat enim quòd in cessionarium transfertur vtilis obligatio, quæ apud cedentem erat directa: sed illa vtilis semel peperit, scilicet cum esset directa, ergo amplius parere non potest, quia obligatio semel & non sæpe parit: *l. ei qui. infra de furt.* patet ergo, quòd actio vtilis qua agit cessionari⁹, est datiua. Primò respon. ad rationem Bar. quam retorqueo contra ipsum. fatetur enim ipse duo, primum quòd non solùm actio, sed etiã obligatio transfertur in cessionarium, *vt l. si in solutum. C. de ob. & actio.* & Bar. concludit latè, *in eadem l. 1. 2. col.* Secundum est, quòd obligatio quæ transfertur in cessionarium, est eadẽ quæ erat apud cedentem: quibus præsuppositis clarè contra ipsum concluditur, quòd actio vtilis, quæ transfertur, est natiua, quia illa est quæ erat apud cedentem: sed illa fuit nata ab obligatione, ergo & ista, cum sit eadem. Imò posito, quod obligatio vtilis non transferatur in cessionarium, ista erit natiua secundùm rationem Bar. quia ista est illa directa quę erat apud cedentẽ, quæ fuit nata ab obligatione directa. Præterea ad quid transfertur vtilis obligatio, nisi

nisi quia ex ea pendet & oboritur actio: & ita Bal. *in l.1.C.de act.& obli.5.col.* fatetur, quòd si trãsfertur vtilis obligatio, actio erit natiua ab illa vtili. Vnde ratio Bar. non concludit. Item cõsidera id quod tenet Bart. quod in cessionariũ transfertur vtilis obligatio, quod benè probatur per prædictam l. si in solutum, vbi cessis nominibus, obligationes sunt cessæ: quę est huius ratio? certè si cedo actiones sat tibi erit, quia p eas poteris agere, nec sunt necessariæ obligationes, cum ius, nec natura nihil frustra agant, *vt §. sed si fraudandi. infra ista l.* Ideò dicendum est, quòd ideò veniunt actiones iunctim cum obligationibus, quia non potest esse actio, quin sit obligatio, & ob hoc dicitur, obligationes venire in nominibus, id est actionibus, secundùm eundem Bar. Hinc intelliges rationem, quare sæpe leges assumant actiones pro obligationibus, *vt l. nostra. & l. naturalis. §. & si quidem. de præs. ver. & l. quotiens. de obl. & act. infra.* sic itaq; siue eadem quæ erat directa sit vtilis, & erit natiua, quia nata fuit à principio, siue sit alia, non potest esse quin habeat obligationem vtilem, à qua oritur. ¶ Quartum argu. est, ex quo resul 46
tat quædam conclusio, quòd quando datur actio vtilis in locum directæ recissæ, talis vtilis dicitur datiua, ita Bart. *in d. l.1. in 2. col. infra de actio.* ratione probatur, quia prima obligatio extincta est per transactionem, ergò ab ea non oritur: præsertim, quòd secundùm Bartol. prima obligatio iam peperit actionem directam,

rectam, amplius ergo parere non potest, *vt in d.l.ei qui.& ita intelligit l.1.& 2.C.de transf.& l.in honorariis. versi.sed cum recissa. infra de oblig. & action.* vbi si minor contra transactionem restituatur, datur recissoria actio aduersus minorem. Hoc arg.colligitur ex Bar. vbi sup.cum forsan rectius intelligendo responderi potest, quòd talis actio non est datiua, maximè consideratione iuris. Primò probatur *per l.quòd si minor. §.restitutio.infra de mino.* vbi dicitur, quòd restitutio eo modo faciēda est, vt vnusquisque ius suum in integrum recipiat: itaque quando minor, vt læsus, restituitur aduersus transactionem, omnia in integrum & in pristinum statū reducuntur: ergò non solum habebit actiones, sed omnes obligationes integras & illæsas. Hoc probatur satis *ex eadem l.2. quam Bart.alleg.* vbi si sublata fuit obligatio per trāsactionem, ex ista ratione negocij, tributa tibi actione, cōsulendum est: ecce quòd illa actio tribuitur, & tamē tribuitur ex instauratione negocij, quia omnia ad pristinum reducuntur statum, *vt in d.§.restitutio.* quod si verum est, verum etiam erit quòd actio sit natiua, quia in primo statu erat natiua: & ita Bal.dicebat oriri actionem, cuius sententia vera mihi videtur: quia aut nos consideramus pristinum statum, & ea consideratione natiua erat: aut consideramus statum prout restitutum & vtilem, & tunc etiam ex vtili obligatione nascetur, quia totum negocium restauratur, *vt tex. ibi dicebat. Facit text.*

in §.

Digitized by Google

in §. rursus. in fi. Instit. de act. vbi text. loquitur in his actionibus, & dicit quod eas Prætores dāt, moti ex æquitate simili, &c. quasi ex quolibet facto, ex quo danda est actio, resultet æquitas ex qua Prætor mouetur, quæ quidem est materia præexistens, vnde actio originem sumit. Quintum arg. videtur formari *ex l. 3. in princ. infra commo.* quem adducunt Moderni Papienses *hic. 2. col.* vbi dicit Vlpianus sibi videri, ꝙ si pupillus ex commodato locupletior fuerit factus, dandam esse commodati actionem vtilem, secundùm diui Pij rescriptum. Ecce ergo, quod vtilis actio est datiua & non natiua: Certè si hi Moderni adeo elaborarent in rectè intelligendo, quantum in copiosa allegatione, maiori erga me saltem fingerentur auctoritate. Primò ergo respondeo ad illam l. auctoritate Bar. *l. 1. 3. col. infra de act. & l. 1. ad fi. C. eod.* vbi cum Petro docet, quòd quando leges 12. tabularum extenduntur ipsa æquitate per Iureconsultos, tunc actiones vtiles sunt natiuę, eodem ergo modo dicendum est in dict. l. 3. nam fuit interpretatio iuris, vt in illo casu daretur actio commodati, ex quo apparet actionem natiuam: habet enim contractum & iuris auctoritatem, vt producatur obligatio, iccirco negari non potest quin nascatur obligatio.

Allegatio copiosa nō facit ad legem rectè intelligendam.

¶ Nec obstat verbum *dandam esse*, nam eò, quòd in iure caueatur dandam esse actionem, non negatur actionis materia, vnde producitur: probatur *per l. 2. eod. tit. à qua illa. l. 3 continuatur*

Obiectiones.

tur, vbi dicitur dandam esse actionem, quę verè est natiua, vt Bar. fatetur *in ea. l. 1. in 3. col. de quo*
47 *inferius latius.* ¶ Non obstat sextum arg. *ex l. pen. Cod. ad exhibe.* vbi ex pacto deponentis rem meam, acquiritur mihi actio vtilis. idem est *l. quotiens. C. de dona. quæ sub modo.* patet ergò, quòd in illo casu non potest oriri obligatio, quia non est materia, vnde oriatur, cum non sit contractus inter ipsum cui actio quæritur, & eum qui est obligatus. Et ita fatetur Bartol. *in ea. l. 1. 3. col.* quod etiamsi ibi actio sit natiua, quia nascitur ab obligatione, obligatio tamen est datiua. Sed ego talem intellectum negarē, quia prout ibi damus obligationem, ex qua producatur actio, ita necesse est dare materiam, ex qua producatur obligatio: Et fateor, quòd materia non est sufficiens ad producendam actionem vel obligationem directam: Sed negare materiam sufficientem, ex qua vtilis causetur, esset iuris dispositionem iniustā reddere, quæ sine causa daret actionem: Ideò melius dicetur, ibi obligationem oriri ex æquitate, mediante contractu cum alio facto, & quòd talem causam debeamus docere, probatur *per verba text. in ea. l. penul.* vbi dicitur, quòd vtilis actio propter æquitatis rationē dabitur. Ecce quòd ibi causa assignatur, ex qua tanquam ex materia causetur obligatio: idem est *in præallegata l. quotiens.* vbi ex diui Pij rescripto secundùm donatoris voluntatem admittitur actio: ecce ꝙ ista verba sonant, & causam materialem & efficientem:

ficientem: vnde non est dicendum obligationem non esse natiuam. At rectè considerando, non video, quare magis concedat Bart. actionem oriri ex obligatione, quàm obligationem ex contractu mediante, æquitate, & dispositione iuris. Non obstat tex. quem allegant hic Moderni *in l. cum mota. C. de transact.* vbi vtilis actio datur, & secundùm vnum intellectum, ibi est actio datiua, vt ibi per gloss. & doctores. Certè ego miror quòd ita intelligāt text. illum, scilicet quia illa actio non habeat obligationem nec præexistentem materiam, ex qua producatur, cum tex. in expresso contrarium rectè intelligentibus demonstret in hæc verba, *vtilis actio quæ præsc. verb. rem gestam demonstrat danda est.* Quomodo ergo clarius tex. ille potuit demonstrare, ex re gesta oriri præs. ver. actionem. Itaque ortus actionis ibi nō denegatur, nec materia ex qua ipsa actio conflетur. Nec obstant ista verba † *dandam esse actionem.* quia non probant obligationem non esse ex qua producatur ipsa actio, vt Bar. fatetur *in eadem l. 1. 3. col. in princ.* & quod propterea non denegetur ortus etiam ipsius obligationis ꝓbatur per infinita iura, & vide Bartol. ibidem qui fatetur in actione vtili legis Aquiliæ obligationem oriri. tamen dicitur dandam esse, *vt leg. item nulla. §. fin. & leg. sequenti eodem titu.* An autem *in dicta leg. cum mota,* sit actio vtilis vel directa, non est præsentis materiæ: nec credas, quod ex eo quod dicam eam esse natiuam, negem

Textus expressus.

48

negem eam vtilem esse: vtilis enim potest esse natiua, ex materia habili ad conflandam vtilẽ, & si ipsa materia non sufficit ad pariendam directam. Nec hoc videtur certè à ratione dissentire: videmus enim quod prout sunt contractus, ita etiam considerantur quasi contractus: & prout in contractu, ab ipsa agentium intentione, oboritur quædam, & naturalis & ciuilis obligatio, ita in quasi contractibus, ex ipsa re gesta oritur & naturalis & ciuilis, *vt patet in l. 3. post prin. de nego. gestis*, vbi contra furiosum oboritur actio ex negotio gesto: nam etiamsi æquitas non resultet à consensu, si tamẽ resultat, ibi causatur æquitatis naturalis obligatio, vt latè docet Bart. *in l. Iulianus verum debitorem. 7. col. & 8. infra de condic. inde. per l. cum amplius. §. is natura. infra de reg. iur.* eodem modo ergo resultat obligatio ciuilis, ex æquitate approbata iure ciuili. Vnde etiamsi aliquis contractus, vel quasi contractus non sit sufficiens ad pariendam obligationem directam, si tamen resultat æquitas, quæ ab aliquo iure approbetur, necessariò causatur ortus obligationis naturalis, vt patet ex Bar. doctrina: item causabitur ortus ciuilis ex illa approbatione, *vt patet l. legitima. su. co. & ibi dixi. & l. quotiens. infra de obl. & actio. & l. 1. infra de condi. ex lege.*

49 ¶ Ex his inferas ad id quod not. glo. *l. 1. in verbo fati. C. de obl. & actio.* vbi glo. not. quod qui agit actione datiua, non potest nec debet concludere id sibi debitum. Bar. & Saly. ibi intelligunt

gunt glossam in actione cessa, & alijs actionibus quæ non habent obligationem. Sed forsan, vt superius vidisti, posset dici, quod in omnibus casibus, in quibus competit suo nomine actio, competat & obligatio. vnde potest dicere sibi debitum. quod satis cōprobatur per actionis definitionem: est enim ius persequẽdi in iudicio quod sibi debetur, at quod suo nomine possit agere actionibus cessis, fatetur Bartol. *in ea. l. 1. C. de oblig. & action. in fina. verbis. & declarat. l. qui stipendia. C. de procura.* vtilis enim actio sibi competit, ideo cum per eam agit, fundatur iudicium in persona sua, ergo mediãte cessione, poterit dicere sibi debitum: in his cogita. De vtilibus verò realib. actionibus, an sint natiuæ vel datiuæ non est præsentis speculationis, & si ex his quæ dixi, recte etiam in talibus actionibus, contra doctorum disciplinas plura concludi possunt.

¶ Finaliter obstare videtur intellectus communis. *l. 1. infra de condict. ex lege: vbi in fi. col. post me.* ipse Bar. intelligit text. illum, quod tunc conditio ex lege habeat locum, cum à lege datur actio & obligatio, propter pactum vel contractum. Itaque illa obligatio non nascitur à contractu, sed propter contractum à lege datur, vt *l. si quis argentum. §. fi. C. de dona. & l. 1. Cod. de suffragio.* & ita ipse intelligit, quod etiamsi actio sit natiua, quia oritur ex obligatione, *vt in ea. l. 1.* non tamen obligatio habet materiam præexistẽtem, ex qua nascatur: & ita declarat *prædictam* Obiectiones.

postquam dicit plures competere actiones, ex pluribus legibus dicitur, quod si ex eodem facto competant, tunc officio iudicis præstatur quod in alia debetur, & sic præsupponit ex facto condictionem legis vel eius condictionis obligationem nasci: cogita in his, & id eligas quod rationi magis assentiat.

¶ Ex superioribus primò infero ad intellectum *legis statuas. de ac. rerum do.* & eorũ quæ notantur *in auct. en. sacramenta puberum. Co. si aduersus venditionem.* vbi docetur, quod quando aliquid lex præcipit, ibi dãda est actio & exceptio: ego credo, quod si datur actio, daretur & obligatio, & ipsa obligatio habebit materiam, ex qua producatur iuris consideratione. Secundò † 52
infero, quod id, quod notat glossa *l. cum precario. infra de precario*, non est omnino verũ scilicet quod etiam si actiones aliàs transferãtur ad hæredes, *vt l. 1. C. vt actiones ab hære. & cõtra hær. & §. ex conditionali insti. de verbo. obli.* tamen quando actiones sunt datiuæ, nõ transferuntur ad Glossa sin-
hæredes. Ita glo. prędicta, quam exaltat do. Ias. gularis.
dicens eam paucis notam. Certè ego nec vellẽ eam nouisse, quia sine fundamento loquitur, cũ enim non inueniãtur tales datiuæ actiones sine obligatione, verũ est non transferri. Si tñ actio aliqua à lege det̃, nulla est ratio, quare ad hæredes nõ trãseat, ergo trãsfertur *l. à Titio. inf. de ver. obl. facit lex quotiens. C. de dona. quæ sub mõ.* vbi sec. Bar. *in d. l. 1. inf.* de ob. & ac. obligatio est datiua, & tñ trãsfertur ad hęredes, itaq; nisi alia spe

intentio plurimùm confirmat intentionem & opiniones meas: & nota quod, vt ibi refert Bart. idem Petrus dicebat ex delictis esse natiuas obligationes. Sed videndum esset † quare 54
dicantur actiones dari, quippe iam vidimus, quod doctores non rectè considerauerint circa productionem harum actionum. Sed quod pro nunc credo dum aliud non video. Ita est considerãdum: quod magistratus scil. Prætores præpositi erant vt in iudicio ius dicerent, qui quidem antequam ius in iudicio redderetur, prænunciabant & præscribebant edictum de eo iure quod reddituri erant, vt vnusquisque præmunitus ad iudicium veniret. Hoc colliges *ex l.2.§.eodem tempore.sup.de orig.iu.* Item considera quod hinc causabatur, vt etiamsi aliqua actio ciuilis alicui competeret, Prætor eam in albo prætorio prætermittebat: quia secũdùm illam actionem ius redditurus erat. hoc colligas *ex l.1, in princ.infra commodati.* nam constat actionem commodati à iure ciuili datam, *vt in princ.l.nostræ. & l. in commodato. §. sicut. infra commodati.* & tamen ibi dicit Prætor quod de commodato iudicium dabit: ergo actiones Prætores dabant etiamsi à iure ciuili orirentur. Nũc intelliges id quod notat Azo. vt refert ibi glos. 1. quod Prætor nihil intactum relinquit. Item ex hoc intelliges text. *l.3. in princ. eod. tit.* vbi dicitur actionem esse dãdam vtilem scilicet à Prætore, qui iudicium se daturum promittebat: non autem eò quod non habeat materiam

præexiſtentem, vt do. Iaſ. hîc credebat. Item hoc probatur ſimili ratione: videmus enim actionem pauperiei à lege 12. tabularum proceſſiſſe, & tamen eadem à Prætore datur, *vt la. §. 1. iuncto prin. inf. ſi quadrupes pauperiem. fe. di.* præterea petitio hæreditatis prouenit à Senatuſconſulto, *vt l. item veniunt. §. præter hac. infra de peti. hære.* ergo eſt actio ciuilis diſtincta à prætoria, *vt §. quos autem. inſti. de bo. poſſ.* & tamen eadem datur à Prætore, *vt l. 1. infra ſi pars hæreditatis petatur.* item hoc probatur *ex l. 2. §. 1. ad Vel. infra:* vbi verba Senatuſconſulti ſunt poſita, ne detur actio vel petitio cõtra ipſas mulieres, & iſta verba diriguntur ad Prætorem: patet in ſequentibus ibi: *arbitrari ſenatum, rectè atque ordine facturos eos, ad quos de ea re in iudiciũ aditum erit, ſi dederint operam vt in ea re ſenatus voluntas ſeruetur.* Itaq; illa verba *ne actio detur* diriguntur ad ipſum Prætorem, vt ipſe non daret actionem ex fideiuſſione: & nunc intelliges, quæ eſt ratio quare ipſo iure per iſta verba non tollitur actio, de quo eſt dubitatio *ibi. & l. 1. ad Trebe. §. reſtituta. & l. 1. ad Mace. & l. ait Prætor. infra de iureiuran. & l. nã poſtea in prin. eo. tit. & vbiq; Bar.* Item hoc expreſſius probatur *ex l. quidam. in fi. eo. tit. ad Vel.* vbi cũ dubitaretur an daretur actio reſtitutoria vel non, dicit Iureconſultus, nõ ſine ratione Prætorem facturum, ſi non tantum in perſonam, ſed etiam in res quæ mulieri obligatæ ſunt, dederit actionem: facit etiam tex. expreſſus *in l. ſi mulier. la ſecunda. in fine.* ibi & à Prætore reſtituitur

Textus expreſſus.

tur

Digitized by Google

tur prior debitor creditori, † iccirco rectè di- 55
ci poteſt quod cum dicitur dandam aliquam
actionem, intelligitur ab ipſo Prætore, etiam-
ſi illa actio ſit ciuilis, *vt l.1.eo.tit.* Vltimo hoc ſin
gulariter probatur *ex l. fi. infra de ob. & act.* vbi Singularis probatio.
ex promiſſione mea rem tuam diſtraxiſti, er-
go oritur actio præſ.verb. habet enim pactum
aliquam cauſam, *vt l.noſtra. & l.ſolent. de præſ. ver.*
Sed quia libidine forſan erat talis promiſſio fa
cta, dicitur tex. quod ex perſonis cauſiſque, cũ
cuius notio eſt æſtimatorum, an actio ſit dan-
da: quæ quidem verba ad ipſum Prætorem di-
riguntur. Ex his ergo intelligimus, quare di-
cantur actiones dari, non quod actiones non
præſupponãt obligationes, & materiam præ-
exiſtentem ex qua producantur. Sed contra
ſuperiora obſtat tex. noſter, vbi Iulianus ideo
fuit reprehenſus à Marciano, quia dicebat à
Prætore dandam eſſe actionem, nam ſi actio-
nes ciuiles à Prætore dabantur, nulla erat cau-
ſa repræhẽſionis, † reſpondeo, ꝙ aliquãdo dat 56
Prætor actiones ortas à iure ciuili, vt ſupra: ali-
quando in defectũ iuris ciuilis, quæ ſubſidiarię
appellantur ſcil. quando eſt æquũ dari, & non
inuenitur ciuilis, *vt notatur l.1.in fi.ver.gloſſæ.inf.de*
præſ.ver. & l.quotiẽs.eo.ti.vbi tex. & in hoc fuit rep̄-
hẽſus Iulianꝰ, quia iſto modo intellexit à Præ-
tore actionẽ dandã: aliàs ſi de ciuili intellexiſ-
ſet, *vt l.naturalis.§.at cũ do.* nõ fuiſſet rep̄hẽſus. At
† quęrẽdũ eſſet an iſtę actiones p̃torię q̃ in ſub- 57
ſidiũ iuris ciuilis dãtur, ſint ſine mat. p̃exiſtẽte?

& certè id censeo, quod cum à Prætore datur actio, præsupponitur obligatio prætoria, nam prætoriæ obligationes distinguuntur à ciuilibus, *vt §. omnium. insti. de act.* at illa materia, ex qua resultat obligatio scilicet causa ex qua Pretor mouetur ad dandam actionem, facit quod tenet Bar. *in d. l. 1. infra de obli. & actio. 3. col.* quod quando ex extensione Iurisconsulti datur actio in eum casum, in quo non dabatur à lege, tunc etiamsi attenta lege sit datiua actio, tamẽ attenta extensione erit natiua, vt dicimus in vtilibus legis Aquiliæ.

GLOSSARVM *Interpretatio.*

¶ Venio nunc ad glossas, quas breuiter expediam, & op. *de l. naturalis. §. at cum do. versi. sed si dedi. infra de præsc. verb.* vbi Iulianus idem dicit, & tamen à Paulo fuit approbatus & etiam à compillatoribus. Respondeo, quod ibi aliter intellexit Iulianus, scilicet quod daretur in factum, scilicet ciuilis, quæ in factum dicitur *l. 1. eod. tit. in fine.* non ergo dixit, nec dicere voluit quod daretur in factum subsidiaria à Prætore: aliàs nec à Paulo ibi approbaretur, nec tex. ibi fuisset appositus, cum fuisset reprobatus: & melius est tenere, quod Iulianus sententiam mutasset, quam credere quod ipse perstitisset, & Paulus errauerit cũ ipso, & quod cõpositores fforum text. improbatum ibi inseruierint. Et hoc esse verius ꝓbatur *per l. solent. eo. tit.* quæ lex processit à Iuliano, & tamẽ dicit oriri actionẽ

præs.

Digitized by Google

præſ. verb. ex contractu facio vt des, niſi inſit dolus, quia tunc de dolo, itaque eodem caſu & eadem ratione ibi loquitur, pro vt in l. naturalis, & tamen ibi rectè, ergo & in l. naturalis rectè. Vnde tenerem opinionem gloſſæ finalem *in eodem verb. ſed & ſi dedi.* repudiata opinione gloſſæ Barto. & cæterorum hîc: quia aliqui dicebant totam illam diſtinctionem hîc reprobatam: alij vt gloſſa & Bart. quod tantùm vnum membrum. Sed vt vides, nec totũ, membrum credendum eſt eſſe reprobatum.

SVMMARIVM.

1 *Promittens alicui certam pecuniam ne maleficium faciat, an cenſeatur ex iuſta cauſa promiſiſſe: atque ita teneatur ex ea promiſſione & nu. 3.*
2 *Stipulatio per quam promittitur pecunia ne maleficium fiat, an valeat. & num. 4.*
5 *Pactum, quo quid promiſſum eſt, ne maleficium fiat, an ſaltem naturalem obligationem pariat.*
6 *Promittens aliquid ſcorto, an poßit ex ea promißione efficaciter conueniri.*
7 *Stipulationem ſine cauſa non eſſe efficacem.*
8 *Donationem meretrici factam valere.*

I OB MALEFICIVM implementum iniuſtę cauſæ non veſtitum contractum innominatum: hoc dicit ſecundùm Paulum & Alex. & ex ſenſu omnium docto- Cõmunis opinio.

 rum

doctorum, quod satis clarè colligitur ex intẽtione Iureconsulti, quia superius dictum fuit pacta vestiri ex causa adimpleta. Sed ponamus causam esse iniustam vel turpem, vt puta, quia promitto tibi centum ne maleficium facias, tunc enim cum ista causa sit iniusta non vestit
1 ipsum pactum: Sed contra † hoc opponitur, quia ista causa ne maleficium facias, adeo est iusta quod nulla alia iustior, nam honestè viuere & alterum non lędere, iusta sunt præcepta *vt l. iustitia. supra de iust. & iure.* Respondeo, & fateor quod maleficium non facere, iustum est: sed est causa iniusta ad promissionem ratio, quia id gratis, & motu proprio quisque facere tenetur, vnde talis promissio turpiter censetur esse facta. *vt l. pen. & vlti. infra de condi. ob turpem causam. & in l. pen. & fi. C. eo.* Ex hoc infertur ad plures quæstiones, quod quando aliquis tenetur quicquam facere, non est iusta promissio vt id faciat: vnde si quis bona aliena occupat, vt ea restituat non licitè recipit, imò turpiter vt in illis iuribus. Oppono de l. nõ impossibile infra eo. vbi dicitur quod valet promissio ne maleficiũ faciã. Respondeo & fateor quod valet talis promissio: Secus tamen si aliquid tibi promitto vt non facias: quia non facere, iustè promitto, sed aliquid dare vel ꝑmittere ne fiat iniustum est, *vt in §. nostro.* Itẽ oppono cum Bar. *de l. idem §. quotiens infra de condi. ob turpem causam.* vbi condicitur liberatio, ergò valuit obligatio. Respondet Bar. quod aut pactum

Liberatio obligationem præsupponit.

ctum

ctum est nudum, & cum nudum sit nulla oritur obligatio, quia vestiri nō potest tali causa, & ita loquitur tex. iste. aut interuenit stipulatio, & tūc cum stipulatio sit de se vestita, valet mero iure, licèt obstet exceptio *vt l. pen. infra de con. ob turpē. ca.* & ideò potest condici liberatorio. *vt l. contraria.* Hæc est solutio Bar. quæ ab omnibus cōprobatur, ex qua noto, quod stipulatio, per quam aliquid promittitur ne delictum fiat valet mero iure, etsi efficaciter elidatur. ¶ Cōtra istam conclusionem primò facit talis ratio: ista stipulatio habet turpem causam, *vt l. 1. in fine. cum sequenti infra de condi. ob turpem causam.* ergo nulla, *vt l. si plagij. infra de verbo, oblig.* Nec obstat responsio quæ potest dari ex doctrina doctorum, vt infra apparebit. ¶ Secundò facit quia turpius aliquid in stipulationem deducitur, quàm si acciperetur, quia aliqua honestè accepimus & turpiter petimus, *vt lege 1. §. in honorarijs. infra de var. & extraor. cog.* cum ergo turpiter accipiamus aliquid ne maleficium faciamus, *vt l. si. in verbo turpiter datum est infra eo. titu.* ergo & turpiter vel turpius rogamus per verba stipulationis, vt id nobis promittatur. Iccirco constat turpem esse stipulationem, cuius generalis regula est, vt stipulationes turpes sint nullius momenti *vt l. generaliter infra de ver. oblig.* 2 Cōmunis opinio. Accipimus multa honestè, quod turpiter petimus.

¶ Tertiò facit regula tradita, *in §. generaliter infra ista l.* vbi quādo pactū est cōtra l. nō valet, nec stipulatio valere debet: sed istud pactū est

contra

contra legem quia turpiter fit, ergo nec valebit stipulatio. Item Marcellus Iurisconsultus dicebat,(vt ibi refertur) quòd vbicunq; pacisci non licet, si stipulatio fuerit interposita nō valet, & ita ibi tenet glossa approbata, sed in isto casu pacisci non est licitum, aliàs non esset nulla promissio, ergò non valet stipulatio,

¶ Quartò facit singularis tex. *in c. debitores. de iure iuran.* vbi ex parte recipientis est tantū turpitudo, & tamē dicitur nulla obligatio: promisi enim vsuras, quia tamen tu turpiter recipis promissionem, dicitur nullam esse promissionis obligationem, etiamsi iuramentum valeat, quia apud Deum, cui promittitur, nulla turpitudo, & ita glo. dicit nullam esse ex promissione obligationem, quæ quidem cōmuniter approbatur. Sic ergò dicendum est in nostro casu. Nec obstat quòd vsuræ sunt lege prohibitæ: quia etiam recipere aliquid ne furtum facias, vel vt furtum restituas, vel ne hominem occidas, est omni lege prohibitum: vnde eadem ratio, & ex hoc probatur nullam esse stipulationem, *vt §. generaliter infra ista l.*

Textus singularis.

Cōmunis opinio.

3 ¶ Quintò pondero verba text. nostri, inquātum dicit, *quòd si ob maleficium ne fiat promissum sit.* Ecce quod dicit *promissum* ob maleficium etiā si sit promissum ne fiat, vnde ista promissio videtur turpis. At si dicas, de se non est turpis quia promitto decem: & decem promittere nullam cōtingit turpitudinem. Item nec causa habet turpitudinem scilicet ne facias malefici-

Digitized by Google

ficium, nam non facere maleficium, non eſt turpe, imò iuſtũ. Ergò ſtipulatio ex nulla parte turpis. Reſpondeo, quòd ex quadam relatione de contractu ad cauſam verſatur turpitudo, quia turpiter quicquam promittitur ad id, ad quod aliàs teneris: vt etiam videmus in vſuris, nam dare c. non eſt de ſe turpe, ſed quia nomine vſurarum datur cenſetur eſſe turpe.

¶ Item pondero verba text. noſtri, inquantum dicit, nulla eſt obligatio ex hac promiſſione. Sequitur ergo nullam eſſe obligationẽ naturalem, nec ciuilem, propter dictionem vniuerſalem negatiuam. Si ergò ciuilis nulla eſt, certum eſt, quòd eſt ex vitio promiſſionis, quia turpiter facta. Quomodo ergò poteſt cadere ciuilis obliga. ex ſtipulatione, cum hîc negetur ciuilis. Sed ſi dicas ciuilis hîc negatur ex defectu veſtimenti, non autem vitio promiſſionis. Reſpondeo & negare non poſſum, quia verum eſt quòd pactum non veſtitur, tamen dico, quòd etiam vitio promiſſionis non oritur ciuilis: probatur, quia aliàs oriretur naturalis obligatio, ſed ego credo quòd non oritur, *vt in tex. noſtro, & probatur per c. debitores ſupra alle.* vbi non oritur nec obligatio canonica, nec diuina, quæ non differt à naturali *vt in c. ſana 9. diſt.* ¶ Vltimò id videtur probari ex cõ- 4
cluſione glo. noſtræ & Bart. quã tenet *in noſtro §. in L generaliter infra de ver. oblig.* quòd quando centũ tibi promitto vt facias maleficium, iſta promiſſio eſt nulla, etiam ſi interueniat ſtipulatio

Negatio vniuerſalis nihil admittit.

latio *per l. si plagij. sup. alle.* quia etiamsi ista stipulatio de se nõ habeat turpitudinem, quia centum promittere non est turpe, tamen causa est turpis, & ob id est nulla, *vt l. si plagij.* Eadem ergo ratio habet locum in nostra l. quia relatio ad causam habet turpitudinem, & ideò dicitur promissio ob turpem causam, *vt l. in fi. eo. tit.* ergo erit nulla. Ex nota quod etsi Bar. faciat differentiam *in nostro* §. tamen isto modo intellexit *in l. generaliter.* quia vt non valeat stipulatio allegat istum §. ꝙ idem *in l. legitima. quasi ad finem supra eo.* vbi nullam probat stipulationem *ex §. nostro.* constat ergo ista conclusio contra ipsum à sensu suo. ¶ Non obstat solutio quàm dat ipse Bar. hic dicens, quòd verum est quòd est nulla stipulatio, quando in causa versantur vtriusque turpitudo, secus quãdo solius stipulãtis, quia respondeo quòd eo modo viciatur stipulatio, ex turpitudine interrogantis, quo ex turpitudine interrogantis, quo ex turpitudine vtriusq;: ratio, quia ab vtroque constat. Nec potest negari stipulationẽ vitiosam, quãdo vitiosa est interrogatio. *vt l. 5. §. stipulatio. infra eo. titu.* ¶ Nec obstat text. *in d. l. idẽ §. quotiens.* vbi Bar. dicebat liberationẽ condi. nam ego miror quòd Bar. id ex eo tex. notauerit, cum nihil ibi de liberatione, sed de repetitione soluti ob turpem causam. Nec obstat tex. *l. pen. eo. tit.* qui est præcipuũ fundamẽtum, & respondeo ꝙ etiãsi detur exceptio contra stipulationem, non ꝓbatur oblig. ortam, quia doli exceptio sæpe datur

Digitized by Google

datur contra intentionem, *vt l. qui se debere. infra de condi. ob causam.* & ita soluit ipse Bartol. qui in hoc videtur contrarius: ibi enim negat obligationem, quam hîc affirmat: Et id teneas, quòd text. ille in principio loquitur, quando versatur turpitudo solius stipulatoris: patet, quia postea ponitur casus in quo vtriusq; versatur turpitudo. Sed etiamsi Bar. ibi ita soluat, lex illa videtur arctius obstare, quia dicit quòd propter exceptionem redditur inutilis stipulatio: presupponit ergo, quòd aliàs erat vtilis, nisi opponatur exceptio. ¶ Præterea si obligatio non erat aliqua, quare solutum indebitũ non repetitur. Respondeo quòd ideò stipulatio est inutilis propter exceptionem, quia si soluitur ex stipulatione non opposita exceptione, valet solutio, quia habet causam proximam stipulationem, & turpis causa nõ obstat, quia erat causa stipulationis, & nõ solutionis. Vnde est, quod soluendo ex stipulatione purgatur turpitudo *arg. l. 2. C. quod metus causa*: nam si voluisset, non soluisset, sed soluit, & ideò nõ repetit quia sciẽter indebitum solutũ non repetitur: & ita tenet ibi Bal. & fuit de mẽte glo. in verbo proxima. ¶ Nec obstat fundamentũ gloss. quod stipulatio quæ dolo vel metu fit, est turpiter facta, attamen valet mero iure, *vt l. dolo. C. de inuti. stipul.* quia respondeo, quòd turpitudo, quæ versatur ad impellendum cõtrahentes, nõ adeo viciat stipul. prout turpitudo, q̃ versatur in causa, hoc ꝓbatur, q̃a sine causa est

contra bonos mores, certũ est stipula. nullius esse momenti, *vt l. stipulatio hoc modo concepta infra de verb. ob.* sed vis infertur contra bonos mores, *v. l. 3. §. sed vim. infra quòd metus causa.* & tamẽ non viciat stipulationem ipso iure. Vnde non valet arg. de ista turpitudine ad turpitudinem causæ.

5 ¶ Quæro primum an ex pacto nostræ legis nascatur naturalis obligatio. & gloss. nostra præsupponit, quòd nascatur. Sed Moderni Senenses *in Rubri. de verborum oblig. in 6. col. in prin.* tenent, quòd non nascatur, rationem docẽt, quia tales conuentiones sunt à lege reprobatæ, vnde nec naturalis oritur obligatio, nec ciuilis, *per tex. nostrum & per legem pacta quæ contra. C. de pactis.* & occurrunt tacitæ obiectioni, quia etiamsi verum sit, quòd ex improbatione legis ciuilis non possit tolli naturalis obligatio, *vt §. sed naturalia. Insti. de iure natu. gen. & ciuili. l. has obligationes de cap. dimi. infra.* tamen benè impeditur ortus naturalis obligationis, *vt l. si nõ sortem in prin. Infra de condi. indebiti.* ¶ Quippe vt mihi videtur dominus Socinus rectè opinatur, sed non rectè concludit. Quicquid enim dicat glo. nostra, credo verum, quòd naturalis obligatio non nascatur, quando ad turpem causam aliquid promittitur: ratio, quia fundamẽtum & causa naturalis obligationis est æquitas ipsa, qua tenemur promissa obseruare, *l. Stichũ §. naturalis. infra de sol.* sed quando ad casum turpem, vel turpiter fit promissio, nulla æquitas suadet

Digitized by Google

suadet id obseruare, ergo non oboritur naturalis obligatio. Antecedens probatur *l. si vnus. §. pacta quæ turpem. infra* isto tit. vbi pacta, quæ turpem causam continent, nō sunt seruanda, nec concluduntur in edicto prætorio: sed si æquitate ipsa seruanda forent, concluderentur *vt l. in princ. supra. eo.* ergo æquitate non sunt seruanda: idcirco constat deesse fundamentum naturalis obligationis. Hinc rectè possumus dicere, quòd text. noster, in quantum dicitque nulla est obligatio ex hac conuentione, intelligat, & de ciuili & naturali obligatione, etsi alias propriè obligationis nomine ciuilis intelligatur *l. fideiussor obligari. §. fideiussor. de fideiusso. infra. l. nec seruus infra. de pecu.* Hoc tamen erit verum ex materia subiecta. Dicere tamē quòd ideò non nascitur naturalis, quia l. improbātur talia pacta, videtur quòd ratio non sit bona, quia etiamsi à lege non improbarentur, non nasceretur quia deest æquitas. Vnde quidam Moderni isto anno hoc argumento dominum Socinum pungebant. Sed non concludit eorum ratio, quia etiamsi æquitas non nascatur ex impedimento turpitudinis, eodē modo impeditur ex improbatione legis: itaq; quælibet causa est sufficiens ad impediendum ortum naturalis oblig. Verū ergò est, quòd l. resistentia impedit ortū naturalis oblig. vna enim causa nō negat aliā: Sed quælibet est sufficiēs. Hoc intelligendum est secundùm communē doctrinam, & credo quòd sit omnium, quod **Cōmunis opinio.**

Ll legis

de dicitur turpis talis promissio, & hinc non nascitur naturalis obligatio, nec diuina, *vt in c. si verò. supra* alle.

¶Item quæro an, si aliquis scorto quicquam promittat, possit ab eo conueniri: & glossa *in lege idem. Paragrapho quòd si meretrici infra de condict. ob turpem causam, & lege mercalem. Codice eodem. & lege affectionis. infra de donatio.* tenet quòd non, quia etiamsi meretrix non turpiter recipiat, *vt illo Paragrapho quod si meretrici*, turpiter tamen petit, nam aliqua honestè accipimus, non tamen ea honestè petimus *vt lege 1. Paragrapho primo. infra de varijs & extra ordi cog.* Bartolus vbique non tenet cum gloss. Suum fundamentum est generalitas illius §. quod si meretrici, vbi illa non accipit turpiter cum sit meretrix, ergò nec turpiter sibi stipulatur. Item facit secundùm Bartolum, *lex affectionis de dona.* vbi affectionis causa, honestæ vel inhonestæ donationes valēt: ergo idem in promissione, quia donatio fit per promissionem l. 2. eo. tit. Præterea in minore & milite est speciale, vt nō teneantur ex tali promissione, vt notatur in dict. l. affectionis, ergo in contrarium ius cōmune: vnde constat quod talis promissio valeat, & sic tenet ipse cum Gyno & doctoribus Vltramontanis. Præterea facit ratio, quam format do. Alex. *in l. generaliter de ver. obl.* ꝙ cum paria sint promittere & soluere, *vt l. fi. C. ad l. fal.* & mulier possit accipere pecuniam, *vt in d. §. quod si meretrici.* ergò ei rectè soluitur. Item facit 6

text. *in l. multum interest. infra de verbo obliga.* quem ad hoc ponderat ibi Paulus, vbi potius attenditur persona stipulatoris quàm persona promissoris, ad valetudinem stipulationis: sed persona stipulatoris id est merita non facit turpiter, ergò valet stipulatio. Hæc sunt quæ pro opinione Cini Bart. Pauli & Alexa. possunt adduci. ¶ Sed ego veriorem credo partem contrariam & rem subtilius inuestigando video, quòd doctores non soluunt nec animaduertunt glossæ fundamentum: glossæ quippe fatentur doctorum rationem, scilicet quod meretrix accipere possit, negat tamen quod eadẽ ratione possit ex stipulatione petere, quia aliqua accipimus honestè, & tamen non ea honestè petimus: at si dixeris quod non valet argum. à particularibus, *vt in c. in Genesi. de electione.* Fateor, sed in isto casu eadem est ratio, quæ in particularibus, vnde ab identitate rationis argu. valebit, *l. à Titio. de verb. obl.* quis enim ignorat, quod honestius accipiat ipsa meretrix ex actu libidinoso quàm petat: Nõ ergò valet ratio, accipere potest ergo petere potest: sed si quisq; dixerit, quòd etiã si honestius accipiat quàm petat, non sequitur eam turpiter petere, imò credo quòd sequatur, quia accipere tantùm dicitur esse excusabile, eo quod sit meretrix, sed petere est grauius, vt supra, ergò petere non est permissum, & stabit hic casus sub reg. turpium.

Scortum accipit honestè non tamen honestè petit:

7 ¶ Præterea certum est, quòd stipulatio sine causa non valebit efficaciter, necesse

necesse est enim causam debiti inserere, alias absoluitur reus. *vt l. cum de indebito. §. fi. infra de probat. l. 2. §. circa infra de doli except. & in c. si cautio. de fide instru.* meretrix ergo debet allegare causam, sed illa est turpis, ergo non valet promissio, *vt l. pen. eo. tit.* & supra vidimus. Facit *lex merc. C. eo.* vbi allegans turpitudinem suam non auditur, at si dixeris quòd ipsa turpiter non facit: Fateor in accipiendo pecuniam, tamen in petendo eam, non constat quod turpiter non faciat, cum inhonestas maior consistat in ipsa petitione, vt patet ex morib. hodiernis, ex quibus honestas sumitur *vt in ca. iuuenis. de sponsa.* ¶Item si isti meretrici opponatur de causa turpi, certũ est, ꝙ ipsa eo defendet causam, quia est meretrix & ꝙ ideò non est turpis promissio, *vt in d. §. quod si meretrici.* Sed ego habeo doctrinam Bar. *in l. ius iuran. quod ex conuentione. in §. fi. 3. col. ad fin.* quod siue agens, siue excipiens, nullus auditur allegans turpitudinem suam, si agat de lucro captando, *vt l. apud Celsum. §. Marcellus. de doli except.* ergò nec tale scortum audietur. Non obstant argu. adducta pro parte contraria. Primò non obstat *lex idem §. quod si meretrici* quia non est bona consequentia: Potest acceptare, ergo potest petere vt supra ¶Secundo non obstat *l. affectionis de dona.* Et fateor. quod donatio valeat etiam facta meretrici, vnde si meretrici ego promitto causa donationis, crederem eo tunc valere talem promissionem. Nec obstant argumenta superiora, quia

Turpitudinem ppriã allegans nõ est audiendus.

Obiectiones.

8

causa proxima contractus est donatio, quæ de se non est turpis, valebit ergo talis promissio, Aut ergo donatio fit ipsa executione, & certū est, quod valet quia repetere non poterit donata: aut fit promissione scilic. per stipulationem, vel per pactum hodie, & tunc etiam dicerem valere, *per tex. l. affection.* vnde non teneo in hoc glossam ibi, quę indistinctè tenet, quod ex causa donationis exigere non posset: nec teneo Bar. & aliorum sententiam, cum loquatur, quando ob turpem causam promittit, nā cum tunc causa proxima sit turpis, non valebit stipulatio, *vt l. pen. infra de condi. ob turpem causam.* Ita Romæ ex facto consultus respondebam. ¶ Non obstat arg. quod in milite & minore est speciale, *vt notatur in d. l. affectionis*, quia dico, quod erit speciale, vt ex causa donationis non teneatur, *vt l. 2. de dona. inter virum & vxo.* nō tamen, si miles ob turpem causam scorto promiserit, erit speciale vt ipse non teneatur, cum regulariter non sit valida talis promissio. Et id notes quod hic, quod dicit glo. de minore non probat, quia *lex si verò remun. §. si. adolescens.* non loquitur specialiter in minore: probatur per simile quod adducit Iureconsultus, quod habet etiam locum à maiore: item probatur *per l. si quis cum sciret. infra pro emptore*, vbi est casus similis in maiore, & ita ibi Bar. non est præsentis inuestigationis. Non obstat arg. ꝙ eadē est ratio in accipiendo, quæ in promittendo, quia in hoc casu probaui cōtrarium, quia cō-

traria

Digitized by Google

traria ratio. Et fateor, quòd si soluere teneris, promissio valet. Sed nec soluere teneris, ergo nec promissio valuit, & sic potest retorqueri arg. ¶ Non obstat vltimum arg. de l. multũ interest. quia fateor quòd persona stipulatoris attendit principaliter, qua attenta etiã est turpis stipulatio, quia ipsa meretrix stipulando petit *vt l. fi. sup ra quod quisque iuris*, & petendo turpiter facit, itaq; vtriusq; versatur turpitudo: Præsertim quod cum stipulatio sit conuentio necessariò habet duas personas *vt l. 1. sup. eodem.* Si ergo vna turpiter facit, tota constare non potest, quia est viciata: Nam quando duo copulatiuè requiruntur &c. Ex his habebis resoluta omnia, quæ hinc inde à doctoribus adducuntur de quibus vide Modernos Ticinenses in §. quod si meretrici, nam ipse, his non perpense ponderatis, reddebatur dubius.

SVMMARIVM.

1 Pactum appositum incontinenti iuxta contractum, an pariat nouam actionem qualem & numero sequen. 4. & 9. & 11. 13.

3 Pactum sit ne contractus innominatus atque inibi quis dicatur contractus innominatus, & nu. 23.

5 Informare actionem quid sit, & nu. sequen. 8. 21.

7 Reformare actionem quid sit.

10 Pactum in esse contractui quid sit. & nu. 29.

12 Actio præscriptis verbis quando competat.

14 Pactum ex interuallo factum post contractum an aliquo casu vestiatur ex contractu præcedente.

15 Intellectus ad l. Labeo scribit si mihi Bibliothecam ff.de contra.emptione.

17 Actionem præscriptis verbis oriri ex pacto apposito iuxta contractum nominatum respectiuum.

18 Intellectus ad l. lecta versicu.dicebam ff.si cert. pet. & num. 20. 27.

19 Exceptio an insit ipsi obligationi ex pacto incontinenti pro reo apposito.

22 Pactum an non aliter producat actionem præscriptis verbis quàm si præcesserit ad implementum partis.

24 Actio præscriptis verbis ex contractu innominato ea ratione quia est innominatus.

25 Actio ex contractu aliquo competens an informetur per stipulationem incontinenti contractui adiectam.

26 Pactum adiectum contractui, stricti iuris informet necne actionem, & vestiatur coherentia contractus.

28 Pactum vsurarum adiectum contractui bonæ fidei censetur ei inesse,& cur secus in contractu stricti iuris.

30 Pactum contractui adiectum quando censeatur inesse ipsi contractui.

31 Contractus quomodo dicatur lex.

32 Pactũ vt vestiatur coheren.cõtract.qd requiratur.

33 Pactum adiectum contractui depositi, vt depositarius aliquid faciat pro deponente an pariat actionem præscriptis verbis.

34 Pactum contractui adiectum an non aliter informet actionem ex eo contractu descendentẽ, quod si reperiat eum informabilem.

35 *Pactum appositum iuxta contractum informat obligationem & actionem, non etiam ipsum contractum.*

36 *Actionem ex empto competere etiam ad id quod deductum est in pacto emptioni adiecto, nedum ad pretium in pecunia innumerata.*

37 *Pactum appositum iuxta emptionem si maius sit quàm pretium, an ita alteret naturam contractus, vt non amplius dicatur emptio, sed dicatur contractus innominatus. & nu. sequen.*

39 *Pactum pœnam continens appositum incontinenti post contractum an insit ipsi contractui, & vestiatur ab eo.*

40 *Pactum nudum fideiussionis appositum in continenti iuxta contractum an vestiatur cohærentia contractus.*

41 *Fideiussio nudo pacto facta an obliget fideiubentem.*

42 *Pactum adiectum contractui an vestiatur ab eo, considerato iure canonico.*

43 *Pactum appositum iuxta contractum fauore alterius, quam eius cuius gratia contractus erat celebratus, an vestiatur cohærentia contractus, & insit ipsi contractui.*

44 *Stipulationes tot esse, quot sunt res in stipulationem deductæ, quomodo sit intelligendum.*

45 *Pactum adiectum stipulationi continens omninò idem quod ipsa stipulatio, an insit ei, & ab ea vestiatur.*

46 *Pactum nudum appositum iuxta contractum conditionalem, an informet actionem descendentem*

ex eo contractu, & an insit ei contractui. & nu. sequen.

48 Pactum adiectum contractui conditionali an vestiatur ad producendam actionem praescriptis verbis. & nu. sequen.

50 Contractus innominatus an resultet ex pacto adiecto emptioni, etiamsi pactum non sit causa finalis ipsius emptionis.

51 Pactum adiectũ venditioni conditionali, vt res empta pereat periculo emptoris etiã pendente cõditione, an producat actionem praescrip. verbis, quae sit efficax etiam deficiente conditione.

52 Pactum adiectum contractui, qui iure speciali valet, non etiam iure communi, an insit ipsi contractui, & actionem informet.

53 Pactum iuxta donationem appositum inesse ipsi donationi, & actionem producere.

54 Actio ex empto, quae competit ad deductum pactũ adiectum contractui emptionis, sit ne bonae fidei, an stricti iuris.

55 Pactum nudum quot modis vestiatur.

56 Conuentionis species duae.

57 Pactum nudum an vestiatur literis & an ab initio & an duntaxat post biennium.

58 Pactum an vestiatur consensu.

59 Pactorum vestimenta sint ne de iure gentium an de ciuili.

60 Pactum sit nudum an vestitum, nihil interesse quantum ad ius gentium attinet.

61 Pactum an vestiatur iureiurando.

62 Pactum an & quando vestiatur legis auxilio, vt actionem producat.

63 Con-

63 Contractus an ex eo poßit dici nominatus, quod ei impositum sit nomen & consuetudine vel statuto. & nu. 65.

64 Spōsalitiam largitatem fuisse contractum nominatum etiam ante iura Authenticorum. & quid illi eo iure accesserit.

66 Feudum sit ne contractus nominatus.

67 Constitutū an semper inducatur, quādo promittitur id, quod erat debitū ex alia causa, an verò necesse sit quod permittatur animo cōstituēdi. et n. s.

69 Donatio remuneratoria nudo pacto facta an producat actionem. & nu. 71.

79 Extensio in correctorijs an & quando admittatur.

72 Donationem remuneratoriam venire appellatione donationis.

73 Promittens alicui decē pro seruitus an præsumatur donare, & an talis promißio sit nuda? & nu. 75.

74 Donationem remuneratoriam venire appellatione donationis.

76 Promittens scienter indebitū an præsumatur donare, & an talis promißio sit efficax ad producendam actionem ex præscripto legis, si quis argētum. C. de donat.

77 Præsumptionem distingui à fictione.

78 Donatio causa mortis nudo pacto facta, an sit efficax ad producendam actionem ex præscripto legis, si quis argentum. C. de donatio. & nu. seq.

80 Statutum disponens pacta non esse seruanda, est nullum.

81 Pacta post contractum ex interuallo facta, an ipsi contractui insint.

QVIN-

VIVIMO. Hic §. adeò subtiliter cõnectitur, vt ad eius intellectum tanquam ad egregiũ sumptum non sit in me facultas. Sed Deus est qui patrocinabitur, vt si non intelligimus saltem rectè dubitemus, at qui maiora possit ex nostris dubiis determinet. ¶ Sumat Bar. hunc §. pacta incontinenti apposita nouam producunt actionẽ, & veterem informant, hoc dicit secundùm Bart. ego verò non determino quòd hoc dicat, cum nec actio noua detur, nec vetus. Ergo nec nouam parit nec veterem informat. de hoc infrà dicemus.

¶ Summa congruentior mihi esset, in contractu bonæ fidei pacta incontinenti apposita, etiam ex parte actoris pariunt actionem, quia insunt, hoc dicit. Huius summæ veritas constat ex verbis Iureconsulti. Bartoli tamen & cæterorum summa dubia erit, vt videbis. Ad veram huius §. interpretationem quatuor erunt declaranda secundùm Bar. Primò enim dicitur hîc, quòd pactum nudum vestitur cohærentia contractus, adeò quod nouam producat actionem. Secundum est quòd secundùm doctores veterem informat. Tertiò dicitur, quod hoc intelligitur si fiat incontinenti, aliàs secus. Quartum erit, quòd huius causa habemus videre vestimenta pactorum, & ista
1 sunt quæ hîc tanguntur à glossa. Primum † ergo est, secundùm & glossæ & Bar. intẽtionem, quod

quod pactum nouam parit actionem, quando iuxta contractum incontinenti apponitur: itaque censetur vestitum ex illa cohærentia ad producendam actionem. Notandum tamen quòd omnes Itali in hoc concordabant, quòd pactum in vestitum produceret actionẽ præs.verbis. Petrus verò & Iacob.de Ra. & cæteri Vltramótani hoc negãt, nisi ex illo pacto, habita relatione ad contractum, oriatur aliquis contractus de quatuor contractibus innominatis respectiuis, quorum rationes tales sunt. Vbicunque non resultat aliquis de illis quatuor innominatis contractibus, non habet locum actio præs.verbis.Probatur,quia in his tantum competit *vt l.naturalis.de præsc. verbis. infra.* Ergo & in isto casu nisi resultet,non competit. Secundò:natura actionis præs.verb. desiderat causam, id est impletionem, *vt in ista l. nostra.in princ.* & vbicunque nulla subest causa, ibi nulla oritur actio, *vt in §.sed cum nulla.supra eo.* si ergo pactum apponatur pro ipso actore, ibi non potest resultare causa, ergo nec oriri actio. Tertiò,aut actio præ.verb.oritur à contractu nominato, & non potest, quia non habet locum in contractibus nominatis, *vt l. 1. 2. & 3. & l.quotiens.infra de præs.verb.* aut ab innominato contractu, & si non resultat non est, ergo nec oriri potest. Hæ sunt rationes illustriũ Vltramontanorum,vt inquit Bal. *l.petens.6.col. C.eo.* Ex quibus rationibus plura inferri possunt. Primum est, quòd actio præs.ver.non oritur

tandum dicit Bart. quod ex pacto oritur, & nō ex contractu resultante, vt Vltramontani credebant. Item probatur *in versiculis, idem Marcellus. & idem responsum. & in tex. nostro.* cum dicant, quod pactum ex interuallo appositum nō valeat ad hoc, vt producat actionem, quasi dicerent, quòd si incontinenti apponitur valet, & ex eo oritur actio. ¶ Præterea & tertiò probatur *ex verbo quinimò. in isto §. contento.* nam vt ipse Bar. & glo. notant in principio, ista dictio aduersatur & implicat, vnde debemus dicere, ꝙ imò etiam parit actionem, quia aliàs nō operatur effectus suos. ¶ Quartò probatur, quia omnia ista iura ponderant quod pactum incontinenti apponatur, vt producat actionem, *vt l. in bona fidei. & in l. nostra.* Sed si ex adimplemēto vel ex contractu innominato oriretur, siue incontinenti, siue ex interuallo fieret, non ꝓpterea desineret ortus actionis, ergo id adimplementum non habetur in consideratione.

Quinimò dictio implicatiua

¶ Quintò probatur *per leg. frumenti. Codic. de vsuris. & per leg. etiam. infra eodem tit.* vbi ex pacto nudo oritur actio præs. verb. & non potest dici, quòd ibi habeatur relatio, ex qua resultet contractus innominatus.

¶ Sextò probatur *per l. Labeo scribit si mihi biblio. ff. de contrahen. empt.* vbi ex emptione cōditionali, ante conditionis euentum oritur actio pręs. ver. ergo non potest dici oriri actionē ex adimplemento. Præterea vt dicunt hîc Moderni Papienses, ibi contractus erat conditionalis, ergo

ergo nec respectiuus, vt tradit Bar. *l. si intra. infra eo. & l. naturalis. in princ. infra de præs. verbis.* Vnde ipsi Moderni cum Saliceto reprehendunt Bar. qui dicebat ibi dari actionem præscr. verbis ex æquitate.

¶ Septimò probatur secũdùm eosdem Modernos, quia pactum vestitur traditione, *vt l. legem. C. eodem.* ergo eodem modo ipsa contractus cohærentia.

¶ Octauò probatur ab eisdem Vltramontanis, dicunt enim ipsi, quòd actio præscr. verbis oritur ex contractibus innominatis, sed pa-
3 ctum † est contractus innominatus, *vt notatur in l. 1. in fine magnæ glo. infra de obl. & actio.* quod ego ratione probo: nam ille est contractus innominatus, qui in nomine conuentionis residet. *vt l. 1. §. fi. supra eo. & in ista l. iurisgentium in princ.* sed pactum vltra pactum non habet nomen, ergo erit innominatus: imò id subtiliter notes, quod illi contractus quatuor respectiui ea ratione dicuntur innominati, quia nullum habent nomen vltra pactum, *vt colliges ex ista l. iurisgentium in prin. & versi. sed etsi.* ergo cum pactum sit contractus innominatus, confunditur eorum doctrina: imò secundùm eos ex pacto nascetur actio præsc. verb. vt dicunt hîc Moderni.

¶ Nonò facit contra Vltramontanos, Certum est quòd si aliquis dotem promittit pro Maria, ipso iure eidem Mariæ acquirtur ex stipulatu actio, *vt l. 1. §. accedit. infra de rei vxo. act.*

Sed

Digitized by Google

Sed si post stipulationem dotem sibi reddi paciscatur, vestitur pactum ex cohærentia contractus, adeò quod producit actionem, *vt l. ausia. C. de iure do. & l. ex morte. in fine. Cod. de pact. con.* ergo cum ex sola promissione ibi vestiatur actio, non est dicendum quòd ex contractu innominato, quia contractus innominatus exigit adimplementum. ibi verò extraneus dotē promittens, non adimpleuit, sed solum promisit, tamen pactum vestitur, ergo non ex cōtractu innominato resultante.

¶ Decimò probatur: nam pone stipulationem in materia fauorabili, vt puta fundum & pacto adiecero pœnam, cōuentio pœnalis vestitur, adeo quod producit actionem, *vt notatur l. stipulatio ista. §. alteri. de verbo. oblig.* Sed in isto casu non resultat contractus innominatus, quia pactum & stipulatio sunt pro eodem, ergo, &c. ¶ Vndecimò facit id quod vulgo traditur, propter vnūquodq; tale, & illud magis tale, *vt in auct. multo magis. C. de sacr. san. eccle.* Sed propter pact. nascitur ex stipulatu actio, ergo magis ex ipso pacto debet nasci præs. verbis actio. ¶ Duodecimò idem ius esse debet de parte, quod de toto eiusdem partis, *vt l. quæ de tota. de rei ven.* Sed pactum incontinenti appositum est pars contractus, cui cohæret, *vt l. fundi partem. de contra. emp. cum similibus*, ergo & cum totū pariat actionem, & pars, quia in toto continetur: & huic arg. do. Bal. adiungit regulam connexorum, quia de cōnexis idem est iudicium.

Propter q̄ aliquid tale, illud magis tale.

Pars inest toto.

latè videbis per Modernos Ticinenses *l. lecta in prin. infra. si cer. peta.* Sed aliter credo considerandum: nullam enim ego saltem vidi legem quæ de informatione loquatur, nisi §. nostro: ab eo sumendus est sensus. Verba text. nostri: hæc sunt, *quinimò interdum informat actionem*, Cōmunis opinio.
præsuppono † ergo id quod doctores & glossa fatentur, quod dictio quinimò implicat, & 6
aduersatur ad id quod *in §. superior* dictum fuit, scilicet quòd pactum non parit actionem. Si ergò ad hoc aduersatur & implicat, certum est quòd informatione parit actionem, quia dicitur *quinimò interdum informat actionem*, ergo informare est producere vel parere, & hoc certè melius consonat significationi ipsius vocabuli, nam ex pacto causatur, forma, & esse ipsius actionis quia gignit actionem, vnde rectè
dicetur informare: prout econtrario † dicitur 7
reformare, cum sublata prima actione ex secundo pacto producitur actio, *vt l. pacta conuenta. infra de contrahen. empt. melius in §. adeò infra eod.* Præterea actio dicitur reformata, quando sublata prima forma ex secundo pacto causatur, vt fatentur omnes Moderni *in lege lecta in alle. & probatur vbi supra.* Sed reformatio significat secundam informationem, est enim quasi
si renouatio *vt in eodem §. adeò.* Ergo † informa- 8
re non est ampliare primam formam, sed magis erit producere eam, quia in illo casu de ampliata forma non apparet. Vnde videtur quædam ratio magis speciosa quàm vera: quod

prout pes informat calceos, ita pactum informat & extendit actionem, nam informare ꝑ extendere nullibi (ni fallor) inuenietur. Item quòd talis consideratio recta sit, probatur per rationem Iurisconsulti *in l. nostra* cum subiungat: Solemus enim dicere pacta conuenta inesse bonæfidei iudicijs: ecce quod ea ratione informat, quia inest: inesse autem est in eodē contractu esse, ergo idem est. Ergo cum contractus pariat & non extendat, debemus dicere & pactum parere, nec debemus considerare extensionem aliquam, ea enim ratione informat, quia vna est essentia pacti & contractus, ipsa iuris consideratione. Sed si quis diceret, quòd verè ampliatur ipsa actio per adiectionem pacti, etsi fingatur idem esse pactum cum stipulatione, & sic attenta veritate, infor mare non est parere. Respódeo quod siue fingatur idem esse, siue verè ipso iure sit, idem dicendum est, quod informare est secundùm ꝙ est idem, & secundùm hoc producit, ergo informare est producere. ¶ Item superiora confirmantur per illa verba quater geminatà in tex. nostro, ibi *ne ex pacto actio nascatur*. Nā ideò ex pacto ex interuallo apposito non nascitur actio, quia ex pacto non potest nasci, sed si in continenti apponatur, hoc inconueniens nó habet locum: ratio huius est, quia inest & tunc non censetur pactum, id est non stat in nuditate pacti, quia est contractus nominatus, vnde producit & informat actionem, & sic cēsetur

tur parere. At si quis diceret, quod illa verba potius probant quod pactum non pariat, quia vbicunque damus illud inconueniens, illa regula erit vera, ergo actionem non pariet: Responde quòd id inconueniens non habet locum, nec verificatur in casu, in quo informatur, cum insit contractui. ¶ Præterea subtiliter ego probo sensum nostrum esse congruum, & id præsuppono, quod tenent doctores, istã dictionem *quinimò* id efficere vel significare, vt pactũ pariat actionem, vnde glo. & doctores dicunt, quòd parit actionem præsc. verbis per tex. nostrum, & ponderant illam regulam sæpè geminatam in tex. nostro, quòd ex interuallo non parit actionem, ergo incontinenti parit. Fateor ergo, quòd lex ista loquatur & firmet, pactum parere actionem. Sed ego tibi probo, quod loquitur de actione ex eo contractu cui addicitur, ergo illam parit, & sic de partu illius loquitur: Minorem probo *per §. idem Marcellus.* vbi cum pactum sit adiectum in quasi contractu tutelæ, dubitatur an detur actio tutelæ, nõ autem an detur actio præs. ver. Item melius probatur *per §. idem responsum.* vbi ex eo quod pactum est positum ex interuallo, non negatur actio præsc. ver. sed actio ex empto, cui emptioni pactum fuerat adiectũ: & tñ vides quod hi duo §. declarant casum nostrũ. Cõstat ergò, quòd lex nostra loquitur de partu actionis ex eo cõtractu, quod est informare: at si quisq; neget dictionẽ *quinimò* aduersari,

ac si stipulatum fuisset eo modo, quo pactum est: perpendas ergo, inesse pactum stipulationi, iuris consideratione non haberi pro stipulatu, & hoc est quod dicitur inesse, id est in eadem essentia constare. Nunc intelliges quomodo in illa lege pactum pariat actionem. Nā parit actionem ex stipulatu vel certicondictionem, *vt in princip. Instit. de verborum oblig.* ratio quia inest, & inesse est ac si stipulatum fuisset, Quis ergo diceret quod ex stipulatione nascatur præscri. verbis actio? certè dementia esset. At si dixerit, quod etiamsi iuris consideratione insit pactum stipulationi, attenta tamen veritate non est stipulatio, ergo poterit producere actionem præscr. verbis? Respondeo, quod attēta veritate pactum est, & est pactum nudum, at si cohærentiam consideras, ideo ipsa consideratur, quia ex ea inest, *vt patet in l. lecta.* Sed ea ratione repugnat, quod nascatur actio præscr. verbis, quia est stipulatio. Item faciunt illa iura, quæ dicunt vel probāt pactum in continenti appositum esse partē ipsius contractus, *vt l. fundi partem. cum similibus. infra de contrahen. emp.* si enim sunt pars emptionis, quomodo ex ipsa emptione orietur præs. verbis actio? at si dixeris, quod emptio calefacit pactū vt producat actionem, fateor scilicet vt producat actionem ex empto, quia ex cohærētia efficitur identitas & vnum totum: iste ergo calor non est aptus ad gignendam actionem diuersæ speciei: imò suasiua quadam ratione vi-

mus, quod pactum informet etiam actionem stricti iuris, ibi pacto apposito iuxta stipulationē agitur ex stipulatu: ratio huius est, quia pactum idem est quod stipulatio ipsa iuris consideratione, & ista ratione agitur ex stipulatione, sed ego diffiteor quòd eo modo informetur actio ibi prout communiter creditur, de quo infra latè videbimus. Primò ergo, hac retenta opinione, videndum est an Vltramontani benè dicant: & ego credo quòd, etsi in aliquo rectè sentiant, tamen in eò quod docent actionem præs. verbis non oriri in isto casu, quia ipsa non oritur nisi ex contractibus innominatis; non rectè quippe sentiunt: probatur, † quia actio præs. verb. competit etiam 12
vltra cōtractum innominatum respectiuum, scilicet quando dubitatur quis sit contractus nominatus *vt l. 1. ff. de præs. ver.* Item vbicunque pactum habet causam, etiā si non resultet cōtractus innominatus vt infra apparebit; vnde in hoc ipsi rectè reprehenduntur. Sed in eo, quòd ipsi credunt actionem præs. verb. non oriri ex pacto incontinenti apposito, certè rectè dicunt: vnde iure reprobatur glossa *in l. ex placito. C. de rerum perm.* vbi glossa dicebat, quod triplex erat actio præs. verb. vna quæ nascitur ex pacto incontinenti apposito, alia quæ dabatur quando dubitatur, quis sit contractus, reliqua ex cōtractibus innominatis: Nam dicunt Vltramontani, quòd si aliqua actio nascitur ex pacto incontinenti apposito, ideò

nasceretur, quia resultet contractus innominatus, vnde vnam dicunt actionem. ¶ Certè glossam (si ipsa sentiat quod pactum incontinenti appositum pariat ex sola inhęrentia actionem præs.verbis,) ego crederem non tenendam, sed benè potest saluari ab his Vltramontanis: quia aliquando ex pacto in continenti apposito, nascitur actio præs.verb. *vt l.2. C. de pactis. inter empt. & ven. in l. auia. Cod. de iure do.* ¶ Sed est glo. reprahendenda in alio, quia credit quod in contractibus innominatis nascatur actio præs. verb. alia ratione, quàm in pactis in continenti appositis. Nam hoc sumas à Iureconsulto *in l. nostra. §. sed & si in alium.* quod actio præs. verb. ideò nascitur in contractibus innominatis, non quia sunt innominati, sed quia pactum, & si non habeat nomen, habet tamen causam ex qua vestitur: ita quod ortus actionis causatur à causa, ex qua vestitur pactũ ad producendam actionem: vt puta si dedi vt dares, ista conuentio, vt dares vestitur ab ista causa, quia dedi, & ideò oritur actio præs. ver. eadem ratione oritur in omnib. casib. in quib. in pactis incontinenti appositis, damus præs. ver. actio. sc. quia ex ipso cõtractu resultat causa ad ipsum pactum, *vt in d. l. 2. & l. auia. & inferius latius ostendam.* ¶ Hinc eosdem punge Vltramõtanos in eo, quod sentiunt sola ratione innominatorum contractuum oriri actionẽ præs. ver. Item, quod in illis casib. ideò ex pacto incõtinenti apposito oritur act. præs. verb. quia resul-

Digitized by Google

resultat contract. innominatus, nam ista ratio non est bona, cum ad ortum actionis nõ quæratur vt resultet contractus innominatus respectiuus, sed vt pactum habeat causam, imò etiã in eisdem innominatis ideò nascitur, quia pactũ habet causam *vt in l. nostra.* ¶ Secundò ex superioribus infertur, quòd non rectè dicat glo. *in l. petens C. de pactis*, vbi si post stipulationẽ pacto aliud promittatur, dicitur quod non solùm pactum informat veterem actionem, sed oritur actio præs. ver. certè in illo casu nõ credo, quòd detur causa ad illud pactũ, vnde non oritur talis actio. Imò & fortius credo contra Citramontanos & Vltramontanos, quod in illo casu nõ informetur actio ex stipulatu, de quo inferius. ¶ Nunc venio ad resolutionem 13 eorum quæ adducuntur pro parte Bar. & glo. in quib. plures leges pulchrè intelligimus: Nõ obstat primo tex. *in l. in bonæ fidei. C. eo.* quem vbicunque ponderat Bar. vbi ex pacto in continenti apposito oritur actio, & non ex contractu innominato, quod ego fateor vt verũ non tamen probauit Barto. quòd illa actio sit præs. ver. Sed credendum est, ꝙ, cum in bonæfidei iudicijs pact. insit, *vt in isto §. quinimò*, ideò oritur ex eis actio ex eo contract. nam ratione inhæretiæ nõ potest nasci alia act. vt sup. dicebã. ¶ Item id notes, ꝙ etiam contra Vltramõtanos ratio illius legis non concludit: quia etiamsi ex pacto nascatur actio, non sequitur quòd non nascitur ex contractu innominato, quia in con-

in contractibus innominatis ex ipso pacto nascitur, quia pactum habet causam, *vt l. nostra. & l. ex placito. C. de rer. perm.* vbi idẽ tenet ipse Bart. & cæteri. ¶ Non obstat secunda ratio, quam assumunt *ex l. nostra*: quod hîc pactum pariat actionem, quod ego fateor, sed qualem pariat iam supra ostendi. Vnde Moderni Papienses, qui cum Bar. ponderãt l. nostram in quatuor locis, non videntur rectè sensisse eam: probãt enim ex pacto oriri actionem ex eo contractu, & per consequens negant ortum actionis præs. verbis, & eodem modo respondeo argu. de verbo quinimò, quod retorquetur vt supra declaraui. ¶ Non obstat quartum arg. quòd text. iste ponderat, quòd ad hoc, vt oriatur actio ex pacto, vt fiat in continenti, ergo non consideratur, an resultet contractus innominatus, quia etiamsi ex interuallo fuisset pactũ appositum, oriretur actio. Ego fateor argum. sed intelligo actionem oriri ex eo contractu.

Obiectiones.

14 ¶ Id tamen, quod doctores sentiũt in hoc arg. videtur mihi dubitabile scilicet quòd si pactũ ex interuallo ponatur, vestiatur ex causa primi contractus, quando contractus est factus pro vno, pactum verò pro alio. Ratio dubitationis est, quia vestimentum causæ eò consideratur, quia aliquod negocium gestum est respectu conuentionis: vel quia cõuentio fuit facta, habito respectu ad ipsam causam præcedentem, vt si ego feci, vt faceres, dedi, vt dares, vendidi, vt ires. Quod colligitur *in l. nostra. in §. sed*

sed etsi & l. solent. & l. si dominus, infra de praes. verbis. Sed si ego semel vendidi, postea ex interuallo conuenimus, vt pro me ires Romam: certè nescio quo capite vestiatur ista conuentio ab ipsa emptione, forsan si relatio haberetur ad contractum, vt puta si mihi ire promittis, quia tibi donaui: vel quia viliori precio rē tibi vēdidi, tūc vestiretur ipsa causa ex negocio praecedente, quia praesumetur id actum ab initio cum vendidit viliori precio: vel forsan etiamsi nō praesumatur, quia in vestimento causae non quaerim' quomodo causam interueniat, sed an interueniat, *l. ex plac.* cogita, quia in hoc pro nūc nihil affero. ¶ Quintū argu. *est de l. et infra de vsu. & de l. frumenti.* Et fateor arg. quod est contra Vltramontanos, non tamen contra me, quamuis sim Vltramontanus. Et nota quod illa iura probant contra docto. in superiori argu. quia ibi, cum pactū fuisset vsurarū, habetur relatio ad contractum mutui, & tamen nihilominus dicitur pactum nudum: quod si incontinenti appositum fuisset, non potuisset dici nudum per tex. nostrum: ergo regulariter, vt vestiatur causa contractus, necesse est quod post contractum statim conueniatur. ¶ Non obstat sextum argum. *de l. Labeo scribit* quod fundamentum est praecipuum vt Moderni fatentur in l. nostra, ibi enim concurrunt actio ex empto & actio praes. ver. & non fit aliqua relatio, nec videtur resultare causa. Fateor ego, quod tex. ille concludat contra Vltramontanos:

Digitized by Google

nos: quia ibi non resultat aliquis contract. innominatus: sed diffiteor intellectũ doctorũ, q ideò ibi detur act. præs ver. quia pactum fuit vestitum quasi illa conditio posita habeat tacitam conuentionẽ. Et vt verè intelligas illam
15 l. dico † q ea ratione oritur ibi præs. ver. actio, quia in illo contractu habebatur quædã perplexitas, emi enim à te bibliothecam. Si milites Campaniæ locum vẽdidissent in quo eam reponerem, postea stetit per me, quominus eum locum emerẽ, dubitatur qua actione aget vẽditor, certum est, q non poterit agere ex vendito, quia venditio fuit conditionalis, & ante conditionis euentũ actio non oritur, *vt l. cedere diem. infra de verb. sig.* sed æquum est, in isto casu oriri actionem, quia per eum stat: vnde ex regu. l. 1. infra de præs. ver. competit actio præ. verb. quia dum dubitamus an demus actionẽ ex contractu nominato, vel an sit contractus nominatus, tunc ista actio. vtimur, & ideò Labeo hac consideratione, dabat actionẽ præs. verbis, quia actio ex empto non erat orta. Sed Vlpianus considerabat aliã rationem, scilicet quod cum per stetisset, conditio debebat haberi pro impleta, *vt l. iure ciuili. infra de condi. & demon.* vnde hac attenta ratione, dabitur actio ex vendito: Et hoc est quod dicit Vlpianus in hæc verba: *Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condi. cum per empt. stet: quominus impleatur.* Patet ergo, quòd diuersis considerationibus nascuntur illę actiones: actio enim præs. verbis ea con-

Digitized by Google

ea consideratione nascitur: quia non est conditio impleta: act. aũt ex empto, quia habetur ꝑ impleta: Nã si ꝑ impleta habetur, hac consideratione esset impossibile, vt nasceretur act. præs. ver. Sed diuersa ratione nascitur, vt sensũ sentit Vlpianus. Nõ ergo probat lex illa, quod ex cohærentia contractus pactum informet, & vestiatur ad producendam actionem præs. verbis, nec dabitur præs. verbis actio, nisi esset casus similis illi, in quo ista quæ diximus considerantur. ¶ Vnde, quo ad illius legis intellectum, non assentior domino Raphaeli *in l. in bonæ fidei.* vbi dicebat, quod ibi actio præs. verbis dabatur magis ex fictione iuris, quia fingebatur conditionem esse impletam, cum per emptorem stetit quo minus impleretur, vnde habebatur pro impleta, & ex ea æquitate oriebatur actio præs. verbis. Certè ego credo, vt dixi, quod actio ex empto competat ex ficta consideratione, vt fatetur Vlpianus, qui hoc considerauit: sed actio præs verbis competit, quia attenta veritate, non erit nata actio ex empto: & ita vides quòd Labeo nullã fictionẽ considerauit. ¶ Item nec mihi placet quod intelligit Riminal. *in d. l. bonæ fidei in 3. col.* vbi referendo Raphaelem eum reprehendit, dicit ipse, quod fictio non debet magis operari, quàm operaretur ipsa veritas: ergo cum ibi fictè habeatur cõdi. pro imple. & vestiatur pact: ad ortũ præs. verb. actionis, si verè esset conditio adimpleta, pactum eodẽ modo vestiretur, item

Fictio non debet plus operari quàm ipsa veritas.

Item ipse dicit, quod ex quo competit actio ex empto, non deberet competere actio præs. verbis, quia ab eodem fonte non cōcurrunt: Sed ideò ibi competit, quia vestitur ex cohærentia contractus. Hactenus ipse Riminal. Ego verò aliter percipio sensum tex. illius, nam considerata fictione non oritur actio præs. verb. vt dixi: ergo fictio id non operatur. Item à diuerso fonte & diuersa ratione causatur ortus actionis ex empto, & actionis pręs. verbis, impossibile enim esset, vt si conditio habeatur pro impleta, oriatur actio præs. verbis ex ipsa scilicet emptione. Ex his credo Modernos non rectè Bart. repræhendisse, qui dicebat actionem præs. verbis in illo casu ex æquitate oriri, *vt l. 1. de præs. verbis.*

16 ¶ Non obstat septimum arg. quod pactum vestiatur traditione, ergò & cohærentia: non enim valet consequentia, præsertim assignata diuersa ratione: quod enim pactum vestiatur traditione, summa est ratio, *vt l. nostra infra §. sed etsi.* Sed quando tibi aliquid promitto stipulatione, deinde aliud pacto nudo, tale pactum nō habet causam ex qua vestiatur, quia nulla relatio nec respectus ad aliud negociū, vnde ex sola cohærentia, nihil habet vestimēti ad producendam actionem ciuilem scilicet præs. ver. Ideò non credo, quòd vera sit conclusio Bal. & sequacium, qui tenent quod ex sola cohęrentia habet pactum causam ad ortū actionis. Ego enim ignoro vnde hoc probetur,

Digitized by Google

quia causa quæ consideratur ad producẽdam talem actionem est relatiua, quia ego aliquod negocium egi, vt tu faceres quod inter nos cõuenit ita sentit Iureconsul. *in l. nostra §. sed etsi & l. solent, & l. si dominus. de præs. verb. l. 1. de æstimatoria. infra.* ¶ Octauum arg. fateor, quia nihil contra nos, & si rectè arguantur ipsi Vltramontani, in quo, vt verè intelligas, id consideres quod ego considerabam. ¶ Non ob. *lex auia C. de iure dotium.* quam legem & si concludere credant & Bald. Moderniores, tamen in promptu stat responsio. Si enim ego promisi pro dote Mariæ, c. & conueni vt illa cẽtum mihi soluto matrimonio redderent, certum est quod ista cõuẽtio de reddendo habet negocium reciprocum: nam ego promisi efficaciter, & ex illa promissione sum obligatus: vnde ni mirum, si mihi tenearis, ergo pactum habet causam, vnde causatur pręs. ver. actio.

¶Non obstat decimum arg. quia negatur, quod conuentio pœnalis, etiam adiecta stipulationi fauorabili, pariat actionẽ præs verb. sat enim erit quod iure probetur, vt talis conuentio censeatur inesse, de quo inferius, præsertim quod argu. fatetur casum esse specialẽ. ¶ Non obstat vndecimum argum. quòd propter pactum parit contractus, ergò magis deberet per se parere pactum. Primò enim nego, quòd propter pactum pariat contractus imò contractus de se parit, item pactum etiam parit, quia est idem quod contractus. Vn-

de miror quòd Bald. tale argu. fecerit, præsertim, quòd etiam secundùm eorum opinioné, contract. de se parit, & actio nata extéditur ad deducta in pacto. ¶ Non obstat duodecimũ arg. scilicet q̄ idem est de parte &c. quia (rectius si cogites) hoc arg contra eos concludit: nam cum pactum sit pars contract. ergo in toto, id est in contractu continetur: Sed contractus parit actioné ex eo contractu, ergo & pactum parit pro sua parte. Item contractus nõ potest parere actionem præs. ver. ergò nec pactum parit. Item hęc eadem corroborat regu. connexorũ, quam addit Bal. Sed si est pars nõ consideratur connexum vel cohærens: Id tamen considero, quod in quantum est pars, & fingitur totum vnum, non potest aliquo modo producere actionem præs. ver. sed in quátum in veritate cohæret, si ex contractu resultat causa, oritur actio præs. ver. ¶ Non obstat decimum tertium arg. *d. l. si in venditione, infra. de peri. & commodo rei venditæ*, vbi si in venditione conditionali apponatur paetum, vt pendente conditione periculũ sit emptoris, oritur præs. verb. actio ea ratione, quia inest: nam ea esset impossibile quod ante euentum conditionis oriatur actio, sed ea ratione oritur actio præs. ver. quia resultat causa ad ipsum pactum. Vendidi rem etiam cõditionaliter, eo pacto vt periculum esset tuum, ideò nascetur *per l. nostram. in Paragrapho sed et si*, & ita intelligit Barto. *in lege petens. in fin. col.* & etiamsi à Paulo reprobetur: est

Digitized by Google

est reprobatio in alio puncto, quã in isto. Nã etiamsi competat præs. ver. actio post euentũ conditionis, & non ante, dicendum est quòd pactum habet vestimentũ causæ, scilicet ipsam emptionem conditionalem, vnde oritur actio præs. ver. Aut si hoc neges necesse erit, vt fatearis quòd ibi oriatur actio ex eo cõtractu, post aduentum conditionis. Vtranque tamen ego credo dari posse, quia vtraque habet principia sua. ¶ Vnde ex ista solutione, & ex mente Iu- 17
reconsultorũ sumitur mirabilis regula: quod in contract. nominatis respectiuis, vt in societate, venditione, & locatione, siue pactum ponatur pro vno, siue pro a.io, semper orietur actio præs. ver. ex pact. quia habet causam, cum enim contraheremus illo pacto apposito, pactum censetur habere causam & respectum. Vnde dabimus concursum duarum actionũ, tàm ex eo contractu quàm pręs. ver. ex diuerso tamen fonte & diuersa cõsideratione: Quia actio ex eo contractu nascitur, quia inest pactum, quod est idem esse cum contractu *vt lege lecta. & in §. nostro, & in l. fundi partem.* & nunc rectè intelliges, *l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. & prædictam. leg. fundi partem. & lege tenetur. Paragrapho si tibi. & lege sterilis. Paragrapho si tibi fundum.* de actionibus, empt. & omnes leges in ista materia loquentes.

¶ Secundò ex superioribus infertur, quod falsa est opinio Iacobi Bu. quam hîc tenet Bar. & vbiq; & Bal. *l. petens 7. col.* & communiter alij'

quod duæ sunt actiones, quæ oriuntur ex pacto in continenti apposito, quando resultat contractus innominatus, habita relatione ad contractum, vna scilicet ex cohærentia contractus, alia ex contractu innominato: Certè credo, quod vna sola nascatur, & adhuc illa nõ ex contractu innominato, vt dicebant Vltramontani & Bar. sed ex eo, quod pactum vestitur causa. Vnde est, quod media concludendi, quæ à doctoribus tradũtur, nõ sunt tenenda, nisi superioribus consonent. ¶ Tertiò infero, quod non potest stare casus quem tradũt doctores *ad legem petens*, secundùm tertium intellectum, de quo vide maximè Bal. in 5. col. scilicet stipulatus sum à te fundum tradi, item nudo pacto promisisti mihi fodere foueam, dicitur ꝙ oritur act. præ. ver. quia pactũ vestitur ex cohærentia. Vnde Bal. exponit tex. *l. petens*, scilicet quod ibi etiam Imperator dicat competere actionem pręs. verb. isto modo petens ex stipulatu, id est ex stipulatione, quasi causante actionem præs. verb. vnde dicit quod illa verba. *petens ex stipulatu*, significant nomen contractus, ex quo pactum vestitur, non autem nomen actionis, ex qua agitur: & isto modo potest illa esse præs. ver. actio.

¶ Ego hæc non ita intelligo, nam si pactum inesset stipulationi, (quod adhuc negandum erit) non propterea nascetur præs. ver. actio. imò ea ratione quia inest, negabitur talis act. inesse enim contractum esse nominatum signifi-

Digitized by Google

gnificat, *vt l. lecta. & l. fundi partem.* Vnde ista ratione non solùm non nascitur, sed naturæ actionis contradicitur, ex alio capite nõ potest nasci, quia pactum non habet causam respectiuam, nec negociũ ex quo oriatur: cum stipulatio & pactum pro eodem ponantur, & cõtractus non sit respectiuus. Tertiò † infertur 18
ex superioribus verus intellectus *ad l. lecta. verb. Dicebam,* vbi pactum inest stipulationi, ex quo rectè intelligunt communiter doctores, cum per illum tex. doceant, quòd ex pacto oritur actio præs. verbis: quia pactum vestitur. Nam fatendum est ex pacto oriri actionem scilicet ex stipulatu vel certi conditionem, non tamẽ actionem præs. ver. patet hoc ibi, quia pactum inest stipulationi, quod inesse (vt declarat Iureconsultus) nihil est, nisi vt censeatur eo modo stipulatum quo pactum est. Ergo ista consideratione, vnum & idem sunt pactum & stipulatio, & ex eodem oritur actio tanquam ex stipulatione. Nunc intelligo quæ ibidem dicit Iureconsultus, quod illud pactum proficit ad actionem: nam summa erit dubitatio cum pactum esset positum pro reo, quo modo ꝓficit ad actionem responde, quia cum pactũ modificet stipulationem, & censeatur vnum esse & stipulatio & pactum: necesse est, quod pactum producat actionem: quia stipulatio eã producit. Vnde non rectè intelligit ibidẽ glo. *in verbo ipso iure,* quod stipulatio prima tollitur per pactum, non ipso iure, sed ope exceptio-

nis: quam glo. ibidem Bar. comprobauit & eius ſequaces. Nec credo quod Paul. de Caſt. & eius ſequaces, qui eam gloſſam & Bart. reprobarunt, rectè dicãt, ſcilicet quod ipſo iure tollatur prima ſtipulatio, quod videtur tenere glo. *in eadem l. lecta. verbo numerus*, nam ſi pactũ ineſt ſtipulationi, quomodo eſt poſſibile, vt per hoc tollatur ſtipulatio, quia, ſi ſublata eſſet, eſſet impoſſibile ei ineſſe: at cum ei inſit, neceſſe eſt dicere ſtipulationem permanere: qua conſideratione non ſunt ferendi, qui dicunt eam per pactum tolli ope exceptionis, cum pactum nullam habeat efficaciam, niſi ab hoc quod ei ineſt. ¶ Ex his alia duo infero, primum quod id quod Bar. declarat *ibi & l. eum qui ita de verb. oblig. & l. exceptionem. C. de proba.* quod pactum in continenti appoſitum pro reo hoc operatur, vt iudex ſine allegatione partis, non oppoſita exceptione, debet condemnare partem, quia exceptio ineſt obligationi. *Vnde ipſe dicit in d. l. eum qui ita. §. qui ita. in fi. verb.* nunc intelligis quid ſit ineſſe pactum ipſi ſtipulationi, tu qui hoc nunquam intellexiſti, & eod. modo intelligit, *l. lecta. §. dicebam & noſtrum. Paragrapho quinimo.*

¶ Ego verò etſi hoc ab aliquo non intellexi, labore noſtro & duce natura aliter intelligo: nam illa exceptio, quam ipſe docet ineſſe ſtipulationi, ego non video quomodo inſit: fateor tamen quòd pactum ineſt. Sed ineſſe pactũ aliud eſt, quàm ineſſe exceptionẽ: quia iuris

iuris consideratione, à pacto ad ipsum contractum, nulla est differentia, vnde obligatio & contractus à se ipso censetur esse qualificatus, non autem quòd exceptio insit. Secundum † est, quòd nec d. Paul, de Cast. & Moder. 20
qui eum sequuntur videntur rectè intelligere illum tex. in l. lecta. etsi dominus Paulus iactetur nullum ante eum illum ∫. intellexisse, negat enim ipse, quòd ibi pactũ informet actionẽ: Primò, quia informatio habet locum, vbi pactum pro quo actio nascitur, sed si pro reo ponatur, non est informationi locus, Huius ratio est, quia informare est extendere: Vnde dicit quod ad informationem duo requiruntur, quod diuersum deducatur in pacto, quã in stipulatione. Item quod pactum fiat pro eo pro quo stipulatio, quæ duo ibi deficiunt. Secundò quia *in l. lecta* pactum venit ad destructionem primæ stipulationis, in quantum receditur à termino in stipulatione deducto: ergò non debet ab illo robur accipere ipsa stipulatio, cum pactum veniat ad eam destruendam, *vt in c. ex eo. de regu. iu.* Tertiò si informaretur stipulatio, sequeretur quòd ad duo contraria competeret, scilicet quod tota sors soluatur primis Kalendis, quia sic erit conuentũ in prima stipulatione: Item vt non tota sors, sed singulis mensibus tantum trecenta, quia sic fuit conuentum per pactũ. Vnde dicit Pau. *ibi. in 4. col. post me.* ꝙ nullo modo potest habere locum informatio in casu illius legis, sed erit

reformatio, quia destruitur prima forma, & efficit pactum, vt stipulatio assumat nouã formam, vt ipse dicit *ibidem 2. col. in fi.* ¶ Certè ego credo: quòd etsi verum sit, quòd ibi pactum nõ vestiatur ad producendam incertam ciuilem actionem, tamen informat ipsam actionem: ratio, quia informare est producere & ibi verè producit, quia pactum, iuris intellectu, non differt ab stipulatione *vt versi. dicebam.* ergo ex stipulatione nascitur & sic ex pacto. Item expresè dicitur *in ver. sed consortiu* quod pactum proficit ad actionem, cum ergo nihil aliud sit informare quam hoc facere, ꝙ ibi pactum facit, ergo pactum informat.

¶ Item negandum est quod reformet: quia secundum sensum eius, reformare est, destructa prima forma secundã addere, Exemplum, vendo tibi istam domum pro mille, sit postea pactũ, quòd prout erat vendita pro mille, nũc sit vendita pro quingentis: primus ergo contractus reformatur, quia tollitur prima forma, & alia datur: remanet tamen idem contractus in specie. Hoc probatur *in §. adeo. infra l. nostra. & in l. pacta conuenta in verb. Paulus respondet infra de contrahen. empt.* de tali ergo reformatione loquitur lex lecta, secundùm Paulum Fulgo. & Ludouic. Roma. & demum Iason. vt eum poteris videre *in prima colum.* quia latè hæc declarat.

¶ Ego verò miror quod ita intelligunt: quia secundùm eosdem, reformatio arguit mutatã

omnem

omnem ſubſtantiã primæ obligationis & contractus, vt clarè *in d. §. adeò.* & melius *in d. l. pacta.* vbi Pau. notabat in hæc verba: quoniam emptionis ſubſtantia ex precio conſtat, aucto vel minuto precio, tollitur prima emptio, & noua eſt quæ conſiſtit: ſi ergo hoc eſt reformare. videtur impoſſibile, quod per pactum reformetur ipſa ſtipulatio, & quod ſtipulationi inſit: quia in deſtructo ineſſe non poteſt. Iccirco talem reformationem ego negarem, quia ibi pactum dicitur ineſſe primæ ſtipulationi, ergo per hoc repugnat, quòd prima ſtipulatio ſit ſublata.

¶ Præterea aut pactum conſideras in quantum ineſt, & vnum eſt eſſe, & pacti, & primæ ſtipulationis, vnde nõ poteſt dici reformari per pactum: aut conſideras prout in veritate eſt pactum ab ſtipulatione diſtinctum, & nõ poteſt reformare: ratio, quia cum reformatio mutet ſubſtantiam & eſſentiam ſtipulationis, talem vim pactum non habet, quia nudum, *vt probatur l. ſi vnus. §. pactus. infra eo.*

¶ Præterea retorqueri poteſt arg. Pau. nam pactum in quantum conſideratur in continenti poſitum, totam vim habet ab ipſa ſtipulatione, quia ex ea calefit: adeo quod transfunditur in eandem eſſentiam. Sed quod ſtipulatio calefaciat pactum ad ſui deſtructionẽ, eſt contra regulam naturalem, *vt in l. ex eo. ſup. al. l. 2. §. non tantum. infra de contracta. l. 1. §. accedit. C. de rei vxo. ac.*

¶ Præterea si ipso iure ab initio prima forma fuit sublata, quomodo pactum potuit reddi efficax ex ipsa stipulatione? etsi ad hanc vltimam rationem responderi possit, certè iste intellectus pugnantia concludit.

¶ Præterea & vltimò ego considero, quòd *in l. lecta* solùm dies fuit mutatus per pactum, vt vides in casu: sed sola mutatio diei non mutat substantiam contractus vel obligationis, sed solum mutat qualitatem, *vt notatur in l. duobus. infra de duobus reis.* Notat Bar. *in l. ita stipulatus. la grande. 2. colum. infra de verbor. oblig.* ergo pactum non reformat stipulationem, cum reformatio præsupponat primæ substantiæ destructionem, & quod dies non tollat obligationem hoc manifestum est: quia etiamsi ab initio ponatur dies, non tamen impedit natiuitatem obligationis, *vt l. cedere diem. de verb. signif. in §. omnis. instit. de verborum oblig.* multò ergo minus, si postea adiiciatur, debet tollere obligationem: turpius enim reiicitur quàm non admittitur hospes *c. quemadmodum de iure iur. l. patre furioso. de his qui sunt sui vel al. iu.*

Reijcere turpius quàm nõ admittere.

21 ¶ Non obstat primum arg. Pau. quod ad informationem duo requirantur, scilicet quod diuersum deducatur in pactum, & quod tale pactum fiat pro actore, quia ego vtrunque nego. Nam informatio potest habere locum, vbicunque idem deducitur in pactum quod fuerat deductum in stipulatione, dummodo diuerso modo deducatur: *vt l. lecta. §. dicebam.*

Obiectio.

nam

nam non potest negari, ibi pactum inesse: item ea ratione, quia inest pactum, censeri stipulationem. Ergo eodem modo deducitur actio ab ipsa stipulatione, prout conuentum est per pactum: vnde necesse est, quod pactũ informet secundùm terminos & rationes legis nostræ, *in §. quinimò.* Item negandum est, quod pactum deductum pro reo, non informet actionem, scilicet quando ex pacto idem promittitur qualificatiuè, quia tunc ius considerat ipsam stipulationem, & pactum sine differentia: vnde dicitur pactum informare & parere actionem, vt dicebat Paul. Iurisconsultus *in §. dicebam.* Facit ad hoc tex. *in l. nostra. in verbo etiam ex parte actoris insunt*, quia dictio *etiam* est implicatiua, *vt dicit glo. nostra. de quo videbimus inferius.* Imò contra Paulum & reliquos ego id credo, quod *in l. lecta.* non causaretur informatio si pactum fuisset appositum pro actore, vt infra dicam. Item contra Paul. potest retorqueri argu. cum ipse dicat, quòd idem venit in pacto quod in stipulatione: nam ex hoc sequitur non esse reformatam stipulationem.

¶ Non obstat secundum arg. quòd in illa lege pactum veniebat ad destruendam stipulationẽ, quod ego nego: nam non destruitur stipulatio sed modificatur: fateor tamen, ꝙ ex illa modificatione sequatꝰ forsan, vt alia stipulatio vsurarũ nõ pariat obligationẽ, quia forsan pactũ faciet deficere conditionẽ, tñ hoc cũ sit de futuro, & pẽdeat, nõ habetur in considera-

tione

tione: aliàs secundùm Pau. considerationem sequeretur, quòd ex cohærentia ipsius stipulationis non debuisset censeri eo modo stipulatum, quo pactum est, & tamen videmus quòd est contra Iureconsultum. Obiectio.

¶ Non obstat tertium arg. quòd si informaret, sequeretur quod actio ex stipulatu competeret ad duo contraria, nego quippe talem consequentiam. Nam ex illa informatione, & quia inest, causatur magis, vt ad idem, & eodé modo competat actio, quæ aliàs diuerso modo vagaret: quia cum pactum sit in continenti positum, ius considerauit nullam facere differentiam inter pactum & stipulationem, & totum pro stipulatione iudicauit. At cum pactum sit vltimum, magis obseruauit modum pacti quàm stipulationis, *vt l. pacta nouissima.* C. *de pactis.* & sic ad idem & eodem modo competit actio. ¶ Constat ergo quod intellectus Pauli & sequacium stare non potest. Sed fatédum est, quod si de forma essentiali non intellexisset, benè potuit dici reformari, id est mutari modum exactionis. Hoc comprobatur *ex l. si vnus. §. pactus ne peteret, in fine* vbi dicitur mutari formam ex mutatione diei, nam eo quod paciscitur, vt die aliàs à iure statuto dos exigi possit, dicitur actionem dotis ad formã suam redire: itaque isto modo posset saluari Paulus, tamen vt eum Moderni intelligunt & sequuntur, ego ignoro quo modo saluari possit.

¶ Quartò infertur ex superioribus, quòd summa-

summarium nostræ legis à doctoribus traditum, non potest sustineri, scilicet quod pactũ in continẽti appositum informet veterem actionem & nouam pariat scilicet præsc. verb. nam vna sola est, & illa non est vetus, nec nouam parit præs. ver. actionem etiam si ea, quã parit, dici possit noua consideratione iuris. *vt in c. Iosephus. de verb. sign.* item idem dic ad summarium positum per Bar. & reliquos *in l. lecta*.

¶ Quintò ex superioribus infertur, quod malè negat Bal. *l. petens. 3. col.* ibi: sic ergo quod pactum transfundatur in stipulationem, quãdo ei inest, nam tex. est expressus contra eum. *l. lecta. ver. dicebam.* item ipse ibidem negat, quod stipulatio & pactum fingantur idem, sed hoc est etiam contra ver. dicebam, & ibi doctores. Nec obstat ratio Bal. quod diuersitas effectus arguit diuersitatem formæ, & econtra, sed cõstat, quod pactum parit actionem præsc. verb. ergo pactum stat per se: fateor, quod quando pactum producit actionem præs. verb. consideratur de per se: sed quando consideratur inesse contractui, tunc consideratur vnum & idem, & ista consideratione non producit diuersos effectus. 22 Textus expressus.

¶ Sed arguitur contra prædicta *de §. nostro. in verbo quinimò informat.* ecce quòd pactum informat, id est producit: Item *l. lecta. versi. sed cum fortis.* dicitur, quod pactum proficit ad actionẽ, & tamen hoc ea consideratione est, quia inest: sed ista consideratione non est pactum, sed stipu-

ſtipulatio: ergo falſum eſt dicere, quod pactū pariat vel informet. Reſpōdeo, quòd pactum dicitur inſpecto initio ex quo pactum erat diſtinctum ab ipſa ſtipulatione, ſed inſpecta ratione qua ineſt, pars eſt ſtipulationis. ¶ Quintò infertur contra Vltramōtanos quos refert Bal. *in l.petens. 6.col. vbi ex præmiſſis apparet &c.* Vbi tenent ipſi, quod ad hoc vt pactum veſtiatur, neceſſe erat implementum partis: vnde dicebat ipſe Bal. quod licet in contractibus innominatis, modus non impediat natiuitatis principium. Imò non obſtante modo, actio oriebatur *vt l.quaro.§.inter locatorem.infra locati.l.inſulam.§.fi. eo.tit.* tamen ſecus erat in contractibus innominatis, in quibus modus nondum impletus non permittit, ſed impedit actionē naſci, *vt l.ex placito.C.de rerum permu.& l.1.infra de rerum permut.* ratio autem differentię eſt ſecundū Bal. quia in contractibus innominatis re integra habet locum pœnitentia, *vt l.ſi pecuniam. infra de condi. ob cau.* merito ergo ceſſat vinculum obligationis: ad hæc vſque Bal.

¶ Primò credo quòd Vltramōtani non rectè ſentiant in eo, quòd neceſſariò: credūt requiri adimplementum. vt pactum veſtiatur ad producendam actionem præſ. ver. nam etiam veſtitur ſola promiſſione efficaci, *vt vidimus ſupper l.auia: C.de iure do.* in tantum, quòd etiam ex promiſſione vel contractu conditionali, vt *in l.ſi in venditione.infra de peri. & commo.rei ven.* & in hoc nobiſcum concordat Bald. & Bart. & cæteri

teri Itali, qui eos reprehendunt. ¶ Secundò omisso quod Bald. malè alleget text. *in l. quaero. §. inter locatorem. vt ostendi alias in leg. item quia. in fine. sup. eod.* tamen mirandum est, quod subtilis non subtiliter loquatur, quia non potest negari, quod modus de sua natura non impediat actum cui adiicitur: ratio est, quia est moderatio rei perfectae adiecta, vt declarat Bart. *in leg. quibus diebus. §. Fermilius. de condi. & de.* Vnde est, quod modus de sua natura non impedit natiuitatem obligationis cui adiicitur: quia esset sibi quasi pugnans, si esset moderatio rei perfectae adiecta, & res ab ea penderet. *vt l. 1. & 2. de his quae sub modo Cod. & ibi gloss. & Bart. & Pau.* Ista eadem ratio habet locum in obligationibus ex contractibus innominatis, quia est ratio naturalis, & ideo nec modus in his impedit obligationem. Vnde non rectè loquitur Bal. nec obstat quod post modum oriatur actio, & non ante: nam ante non oritur, non quia modus impediat, vt Bal. dicebat, sed quia conuentio est nuda, *vt in §. sed cum nulla. su. ea. l. & hoc probatur ex l. si tibi. C. locati.* si tamen modum tu adimpleas, tunc ex tali adimplemento resultat causa ad pactū, vnde vestitur & parit actionē. Nō ergo modus facit aliquod impedimentū, licet eius implementum causet ortū actionis. Vnde est quod ex tali conuentione etiam ante modum oritur obligatio naturalis, vt ostendam infra *in repe. c. 1.* & si Bal. contra teneat, & malè. ¶ Tertiò do. Bald. non videtur subtiliter

Subtilis subtiliter loquitur.

ter ſentire in eo, quod dicit ea ratione non naſci ante implementum ipſam obligationẽ, quia habet locum pœnitentia: certè iſta ratio conuerſa pulchrior eſſet, quia non ideo ceſſat obligatio, quia habet locum pœnitentia, ſed ideo habet locum pœnitentia, quia ceſſat obligatio: nam ſi ego dedi vt dares, antequam tu des, ego poſſum pœnitere, & ex capite pœnitentiæ petere quod dedi. Ratio, quia etſi te obligauerim quia dedi vt dares, tu tamen me non obligaſti, & ita tenet Bar. *& declarat l. ſi pecuniam. 3. col. ad finem. infra de condi. ob cau.* Idcirco dicendum, quod pœnitentia eſt effectus ceſſationis ipſius obligationis, non autem ceſſatio cauſatur ab eo, quod pœniteri poſſit. Sed Bal. excuſabis quaſi velit probare ab effectu, non per rationem à cauſa priori.

¶ Sextò ex ſuperioribus infero vanam eſſe diſputationem, an, cum pactum ponitur iuxta contractum, poſſit reſultare contractus innominatus, ad hoc vt ex eo oriatur præſ. verb. actio, quam diſputationem latiſſimè inuenies per Bal. *in l. lecta. 7. & 8. colu.. per Saly. & demum per Are. latius quam debuiſſet in l. in bonæ fidei. Cod. iſto tit.* nam nihil refert an reſultet contractus innominatus, vel an reſultare poſſit, ſed an pactum habeat cauſam, & negocium reſpectiuum ex ipſo contractu. Hæc enim eſt conſideratio Iuriſconſultorum, vt colliges *ex lege ſolent. & ex lege ſi dominus. infra de præſ. ver.* Item hoc melius cõprobatur, quia etiam in contractibus innominatis

Digitized by Google

minatis nascitur actio præsc.ver.quia ad pactũ resultat causa, *vt patet ex l. nostra. in §. sed & si. in versi. & ideo.* Idcirco quærere an resultet contractus innominatus respectiuus, nec est necessarium, nec iuridicum. Fatendum tamen est,† quod si ex pacto nascatur, nascitur ex cõtractu innominato: ratio, quia pactum nisi habeat specialius nomen, est sine nomine, & nihil aliud est contractum esse innominatum, nisi quod remanet in nomine pacti, *vt probatur in ista l. in prin. & l. 1. §. si. sup. eo.* & ita approbatur glo. *l. 1. in fine glossæ magnæ. infra de obli. & action.* & nota quod ipse Bald. postquam concludit per plura arg. quod non resultabat contractus innominatus, fatetur sufficere resultare causam. Itaque hoc considerandum est vt dixi, quod etiam confirmatur ex mente Paul. de Cast. *in l. si dominus. sup. all.* nam si hoc non vult dicere, malè diceret contra Vltramontanos text. esse ibi: quia ex pacto nascitur actio, & non ex contractu innominato. Nam etiam Vltramontani non negant, quod in contractibus innominatis respectiuis non nascatur actio ex ipso pacto, quia verum est, quod ex pacto nascitur. *vt notatur ex l. ex placito. C. de rerum permu. & ibi Bart. & Bal.* Sed credo quod Paulus voluit dicere, q̃ non curatur an resultet contractus innominatus vel non, sed sufficit pactum esse vestitum negocio vel causa. ¶ Septimò ex superioribus infero, quod subtilis doctor Riminaldus *in l. in bonæ fidei. 4. col. in quarto arg. quod facit contra Vltramontanos.* 23

montanos. non rectè intelligit, cum teneat ipse, quod illa actio præscr. verb. quę oritur ex contractibus innominatis, non competat ex pacto in continenti apposito, etiãsi resultet causa ad pactum. Ita intelligit *legem permisisti. in prin. & l. rogasti. in fi. infra de præs. verbis*. voluit ergo doctor ille intelligere (vt credo) quod actio præscr. verb. quę oritur ex contractibus innominatis sit specialis ad illos contractus, vt tenet Paul. de Cast. *in l. cum proponas. Cod. de pactis*. & dominus Alex. *ibi in fi. col.* quorum intẽtionem confusam esse, ego ostendi *in §. sed & si in alium.*
24 *sup. ista lege*. & nunc clarius † ostenditur, Riminaldum non rectè sentire, quia non ea ratione, quod contractus sit innominatus oritur actione præs. verb. probatur, quia sequeretur ꝙ ex nudo pacto oriretur actio, quia est contractus innominatus: sed hoc est falsum: ergo & antecedens. Item sequeretur, quod etiam ante adimplementum oriretur actio præsc. verb. quia ante adimplementum est, vel potest esse contractus innominatus, ergo falsa est talis ratio: vera ergo est ista, quia pactum habet causam, ita est tex. vt sæpe dixi *in ista l. iurisgentium. §. sed & si*. Sed eadem ratione datur in pactis in continenti appositis, vt ipse Riminaldus paulò ante fatetur: ergo nõ est diuersitas in actione. Et quod eadem ratione detur satis clarè ꝓbatur, *in d. l. si dominus. maximè iuncta l. solent. & l. 1. de exercitoria*. Non obstat *d. lex permisisti*. & lex illa prima facie videtur probare in ver. sin autem,

Obiectio.

Digitized by Google

tem, quæ est aduersatiua facti & iuris. vnde cũ dicat, sin autem vendidisti cretam: ex vendito ages. ergo non actione præscr. verb. quam in præcedentibus concesserat. Certè non rectè exponitur aduersatiua, & fateor quod aduersatur. tamen in hoc aduersatur, quia in primo casu non competit actio ex empto, quia non est emptio: sed si fuerit empta creta, erit emptio, & dabitur ex empto, & sic aduersatur in facto & in iure: non tamen negatur actio præscrip. ver. quæ non potest negari, cùm pactum habeat causam, vt ibi patet. At si subtiliter quis argumentetur, si in primo casu nihil de emptione, quomodo potest aduersari secundus in eo, quod non dicitur in primo? responde. ꝙ ista dictio *sin autem*, quandoque ponitur, quia adduntur diuersa à præcedentibus, non quia contraria, & ita est ibi. Non obstat *d. lex rogasti. in fine.* quia illa exceptio ibi posita ideo est, quia in primo casu pręsupponitur tacitè, quod nulla alia actio competit, nisi præscr. verb. vel hoc præsupponitur quod non ex locato: si tamen merces interuenerit, ex locato competet, non tamen negatur actio præsc. ver. & ita ibi glossa. Nec mireris de tali intellectu, quia est necessarius, & probatur ab eodem Riminaldo: quia ipse fatetur quod detur actio præs. verb. tamen dicit quod illa est diuersa. Sed ego probaui ꝙ sit sub eadẽ specie & eadẽ ratione, vt supra: ergo illa dabitur. ¶ Octauò ex his inferas, quod Bar. *hîc in prin. 2. col.* non rectè distinguit, quod

aliud est vestimentum rei interuentu, & aliud vestimentum cohærentiæ contractus: vnde concordat glossas & Vltramontanos. Dic q solùm est vestimentum causæ, quæ etiam sine re & cum re potest verificari, & isto eodem vestimento vestitur pactum in continenti appositum, vt supra vidimus. ¶ Nonò infertur contra primam extensionem, quam hîc ponit do. Ias. *in fi. 1. col. referens Ang.* quod pactum in continenti appositum etiam circa quasi cõtractum informat actionem & parit: probatur *hic in ver. idem Marcellus.* vbi in tutela loquitur Iureconsultus: secus tamen est in distractu: quia tunc non informat nec parit, per notata *in l. si tibi. C. locati.* ¶ Hanc op. ego non teneo *ad §. idem Marcellus.* in quo bene fateor informationem, prout in toto isto §. sed de actione præs. verb. nihil probat: quia de actione tutelæ dubitatur, non de actione præscr. ver. vt superius dixi: nec ego percipere possum, qua ratione velint constituere differentiam inter distractum & contractum, maximè in vestimento causæ: quia si ad pactum resultat causa ex ipsa absolutione, certè nascetur actio præs. verb. arg. transactionis. Cogita, nec tibi scrupulum faciat glo. *in d. l. si tibi. in glo. mag. in fine.* quia aliter illa lex intelligi-

25 tur vt infra. ¶ Decima sit illatio, quod id quod dicitur per glo. & Bar. *in l. prædia. infra de act. emp. in secundo intellectu eiusdem legis. 2. col. ibi secundo modo* &c. Per stipulationem in continenti appositam informari actionem: puta si iuxta venditionem

tionem sit adiecta stipulatio, actio ex empto competet ad deducta in stipulationem, *vt probatur vbi supra,* & ita Moderni ampliant legem nostram, de quo intellectu non erit nostra disputatio. Sed posito quod vera sit talis conclusio, hoc tamen modo eam declarandam & intelligendam credo, quod actio ex vendito informetur, in quantum stipulatio est conuentio: nam id quod conuentum est in continenti, est pars venditionis, & in venditione, consensus est solum essentiale, *vt instit. de obli. quæ ex consen.* Vnde quia per stipulationem est cōuentum, *vt l. 1. § adeo. sup. eod.* ideo sequitur informatio, & hoc satis confirmat cum literis illius leg. in quantum ponderatur conuentio, sed in quantum illa stipulatio est solennis contractus: non informat, id est non producit actionem ex empto: nam quia ex solennitate est species diuersa, qui etiam quia solennitas ad talem informationem nec congruit, nec est necessaria. Vtilitas huius conclusionis est, quia actio ex empto est bonæ fidei, & actio ex stipulatu stricti iuris. Vnde priuilegia bonæ fidei contractus habebit talis conuentio: etiamsi interuenerit stipulatio. Item illa lex optimè facit ad quæstionem, quæ in simili latè per omnes Modernos disputatur *in Rubri. infra de verborum oblig.*

¶ Item in isto articulo est alia quæstio, an in 26
contractibus stricti iuris pactum informet actionem, & vestiatur, & ex supra dictis appa-

 ret,

ret, quod etiamsi concedamus quod informet, tamen negandum est, quod producat actionem præsc.verbis. Sed adhuc est mihi non leuis dubitatio an informet. Glo.secunda *in nostro §.* tenet quod informet & vestiatur, quam Bar.hîc approbat in secunda quæstione,& cōmuniter hoc tenetur. Ego habeo causam dubitationis, primò à tex.nostro, qui differentiā sentit inter contractus bonæ fidei,& stricti iuris: dicit informare ipsam actionem, vt in bonæ fidei iudiciis: ita quod id sentit esse in bonæ fidei iudicijs. Quod si vniuersaliter verū fuisset, ipsam informationem Iureconsultus restringere non debuisset:eò maximè quòd id sępe geminatur, vt patet statim,cum subdit, solemus enim dicere pacta conuenta inesse bonæ fidei iudicijs:at quando verba eiusdē qualitatis in eodem tex.geminantur, signum est, ꝙ eadem qualitas est necessaria in actu, *vt notatur in Cle.1.de iure patron.* ¶ Item hoc comprobatur *ex l.cum quidam.§. ex locato. infra de vsuris*, vbi vsurarum pactum in continenti appositum,informat actionem in contractibus bonæ fidei: secus est in contractibus stricti iuris, *vt l. quamuis. C. de vsuris. idem probatur l. Lucius Titius. & ibi glo.fi. & Pau.de Cast.infra depositi.* Sed si quis dixerit id esse speciale odio vsurarum, non rectè intelligit,vt infra ostendam: eo præsertim, quod secundum hoc, minus deberentur ex contractu bonæfidei si odiosæ essent. Itaque cum eadem sit ratio, nec in hoc sit specialitas,vt ostendam

Cōmunis opinio.

Vsuræ odiosæ.

in

in illatione, dicendum est, quod id sit etiam in **casu nostro**. Item, ad istam partem facit regu-**la** ***legis***, *quicquid astringendæ. infra, de verborum oblig.* **nam in** stipulationibus, quicquid vel bis stipu-**lationis** non comprehenditur, non censetur **in stipulatione** deductum, sed semper in fauo-**rem rei**, vt minus stringat, sit interpretatio: er-**go ea quæ** conuenta sunt, si non sunt posita **sub stipulatione**, secundum illam legem non **debentur**. Facit quod ibi notat Bar. interpre-**tationem** extensiuam non habere locum in **stipulatione**. Cui l[e]gi, si eius rationem & ver-**ba considere**s, nescio quomodo rectè respon-**deatur**. ¶ Præterea opt[i]mè facit *lex prædia. infra* ***de act. empt.*** vbi si contractui bonæfidei in con-**tinenti** subdatur stipulatio, ex stipulatione in-**formatur** & oritur actio ex eo contractu, ad **deducta** in stipulationem. Ita Bar. & gloss. ibi, **& id communiter** approbatur, non tamen vi-**demus**, quod talis stipulatio informetur ad ea, **quę fuerunt** deducta in tali contractu bonæfi-**dei**: ergo est differentia in hoc, & cogita super **isto arg.** ¶ Item videmus quod in contractibus **bonæfidei**, si pœna adiiciatur, vel pacto vel sti-**pulatione**, actio ex eo contractu informatur **ad pœnam**, *vt in d. l. prædia.* sed in contractibus **stricti** iuris talis informatio negatur, *vt l. pacto* ***quo pœnam.*** *C. eo. & ibi Bar. & Alex. & latè Bal. in l. pe-* ***tens. in pen.*** *col. & Bar. in l. lecta. in limita.*

Cõmunis opinio.

¶ **Tria** sunt quæ ad contrarium faciunt, ex **quibus glossæ** & Doctores mouentur. Pri-

Digitized by Google

mum ex lege lecta, secundum ex lege petens, tertium ex l.1.§.Sed cum addicit. infra de verb.
27 oblig. ¶ Certè in hoc puncto nihil obstat, nisi lex lecta, ad cuius responsionem & verum intellectum ita distinguo: aut enim pactum in continenti appositum continet aliquid principaliter pro actore: & tunc solùm in bonæfidei contractibus contingit informatio: huius ratio est, quia isti contractus à bona fide, & intentione partium tacita vel expressa, debēt interpretationem & extensionem sumere, *vt l.Sed & Celsus.§.1. infra de contrahen.emp. & §.fi. insti.de obli.quæ ex consensu.* & hanc opinionem sentit tex. *in §.nostro.* in quantum ponderat sæpius contractum bonæfidei. Nunc gustabis illa verba, quæ ponit Iureconsultus *in §.nostro.* (vt in bonæ fidei iudicis etiam ex parte actoris insint) nam fateri necesse est, quod etiam in stricti iuris contractibus insint, *vt l.lecta.* Quid est ergo quod lex nostra voluit facere differentiā, respondeo in hoc stare differentiam, quòd ex parte actoris insunt, itaq; non in eo quod insunt, sed in eo, quod ex parte actoris insunt, constituitur differentia. ¶ Præterea hoc clarè ꝓbatur *ex §.idem Marcellus.* vbi declaratur, legē istā exempla ponere ꝓ parte actoris, & id esse in bonæfidei iudicis. Itē in hoc latissimè cōprobatur *ex §.adeo. inf. ista lege.* vbi iterū repetitur, conuentiones postea factas inesse, & dicitur ꝙ id habet locū, etiam qñ ex parte actoris pactū fuerit suppositū. At si quisq; subtilis replicet, quod

quod in hoc non stat differentia, quia hoc per modum ampliationis ponitur, per verbum etiam scilicet vt etiam ex parte actoris pactum insit. Respondeo quod verum est, etiam in alio consistere differentiam, tamen & in hoc stabit: de alio autem inferius videbimus. Item ex hoc credo, quod etiam lex in bonæfidei. C. eo. ponderauerit, contractus esse bonæfidei, vt in continenti positum pactum pariat actionem. Nam lex illa, vt credo, loquitur in pactis pro actor. aliàs non fuisset necesse loqui specialiter in contractibus bonæfidei.

¶ Sed quando pactum ponitur pro reo, etiam si ponatur iuxta stipulationem, cessat ratio legis, quicquid astringe, cum ibi strictè interpretatio sumatur pro reo, & contra actorem: vnde nimirum si pactum insit, & ita verè loquitur lex lecta. Luce enim clarius patet, ibi pactum esse positum pro ipso reo, vnde quod insit ita, vt cẽseatur eo modo stipulatum, quo pactum est, non est mirum: & ita crederem hunc articulum (ni fallor) intelligendum.

¶ Non obstat lex petens, quia ex illa lege, nihil certi probatur. Non obstat *§. sed cum adijcit*, quia illi respondeo vt alij respondent, quod ibi non agitur de extendenda stipulatione, ad alia, quàm ad ea, quæ in eadem fuerunt deducta, sed an valeat ipsa eadem stipulatio, quæ censetur renouata eò quod illico responsio placuit. Obiectio.

¶ Primò ex superioribus infero, quod non

ſunt congrua exempla poſita à gloſſa,& maximè à Bal.in d.*l.petens.* puta ſi ſtipulatus ſum à te fundum tradi,item nudo pacto promiſiſti mihi fodere foueam,dicebat Bal. *in 5.col.* quod ad vtrunque competit mihi actio ex ſtipulatu: certè cum pactũ ponatur pro ſtipulatore, nõ credo quod cenſeatur ſtipulatum, cum nõ ſit formatum ſtipulatione. ¶ Item ex his infertur, contra id quod dicit Bartol. *in l.lecta,in fi.* quod cum pactum inſit ſtipulationi & non actioni, etiãſi in pacto ſit incertũ & in ſtipulatione certum, nihilominus veſtitur, vt puta ſi ſtipulor 10.& in cõtinenti conuenio vt eas pro me Romam: habebo ex ſtipulatu actionem & certi condictionem ſecundùm Bar. Sed ſecundum, quod opinor hoc nullo iure ꝓbatur, imò eſt contra iuris intentionem: cum enim & pactũ & ſtipulatio ponantur pro eodem, non habet locum regula noſtri text. niſi in contractibus bonæ fidei. ¶ Tertiò infero ad notata *in d.l.quãuis. C.de vſuris.* vbi notatur, id ſpeciale eſſe in vſuris, vt ex pacto in continenti appoſito non debeantur: credo tamen nullam in hoc fore ſpecialitatẽ, quia lex illa nõ ſe fundat in ſpecialitate: imò regulare eſt, quod ex pacto efficaciter non debeatur, *vt in l. noſtra.* ergo id etiã regulare erit in illo caſu. Nec obſtat, quod illa regula non habeat locũ in pactis in continenti appoſitis, q̃a illa habẽtur pro parte cõtract. Nam reſpondendum eſt, quòd in illo caſu ceſſat ratio æquitatis, ex qua pacta inſunt, ſ.quia con-

Digitized by Google

contractus sunt stricti iuris, vnde remanet ibi reg. q ex pacto non nascitur actio. Quod clarè ꝓbatur, quia † si pactum vsurarum ponatur iuxta contractum bonęfidei, pactum censetur inesse, *vt in d.l.* Lucius Titius. *la prima, infra deposi-ti. & l. cum quidã. §. ex locato. infra de vsuris.* Ex quo duo possunt notari: primũ, quod ratio, quare nõ insunt in contractibus stricti iuris, non est odium vsurarum: quia secundum hoc etiam in contractibus bonæfidei id esset verum. Secundum est, quod æquitas contractus bonæfidei operatur, vt insit pactum in continẽti appositum, quando id ponitur pro actore: Vnde cum illa æquitas cesset in contractibus stricti iuris, cessabit etiã dispositio. Cogita in his, & id eligas quod tibi videtur æquius. Vnũ scio, quòd vera iustitia etiam in contractibus bonæfidei, vsuræ non debebuntur ex pacto in continenti apposito, quia sunt prohibitæ iure naturali, *vt in c. quia in omnibus. de vsuris, iuncto §. l. in lege 6. dt.* Ex his ergo apparet prima declaratio ad legem nostram. 28

¶ Secunda colligitur ex mente textus nostri, in verbo, ea enim pacta insunt, quæ legem contractui dant. Vnde dicit Paulus de Castro *hic in principio, secunda columna* quod textus noster declarat omnes alias leges in ista materia. Nam tunc † pactum in continenti appositum inest, quando legem contractui dat: inest, quia continet aliquid quod potuisset in ipso contractu 29

venire,

venire: Nam possum vendere tibi domum pro centum, vt scribas librum, vel vadas Romam, & hoc pactum habetur loco partis precij, *vt l. fundi partem de contrahen. empt.* vnde in actione ex vendito venire potest, quia habetur ꝑ parte precij. Sed si depono apud te rem, pacto apposito quod scribas librum, certè istud pactū non dat legem cōtractui, quia à principio nō potuit fieri depositum in re, vltra rem in deposito datam, *vt l. rogasti. §. si tibi. infra. si cer. pet. l. si tibi. infra isto tit. in princ.* Dicebat tamen Ang. quod bene vestitur à contractu depositi, vt actionem præs. ver. pariat: quod dicit Paul. de Castro sibi falsum videri, quia si nō inest, propterea, quia legem contractui non dat, *vt patet ex l. nostra*: & vbi non est causa, non potest sub esse effectus. Hucusque Paul. de Castro, quem refert & sequitur dominus Iason in prima li-

Effectus absq; causa nullus.

30 mita. ¶ Primò ex dictis Pauli de Cast. noto, quod in emptione, venditione, & locatione pactum de eundo Romam, vel de scribendo librum, censetur inesse: quod est verissimum, *vt in d. l. fundi partem. & 1. l. cum quidam. §. ex locato. infra de vsuris. Bart. in l. si emptione. in prin. infra de cō. empt.* & in hoc nulla dubitatio. ¶ Secundò noto, quod in contractibus qui re contrahuntur, non habet locum ista inhęrentia: ratio, quia hi contractus non recipiunt talem legē, *vt l. rogasti. §. si tibi. & l. si tibi supra alle. & per l. Titius. infra de præs. ver. & ita tenet hic Bar. in 3. col. quem sequuntur Bal. Paul. & Alexa. in l. in bonæfidei Cod. eod.*

¶ Ego

Digitized by Google

¶Ego verò sum in hoc dubius, *per l. Lucius Titius. la prima. in fine. infra depositi & per l. publica in §. Lucius eod. tit.* per quæ iura tollitur doctorum fundamentum: Nam ipsi dicunt, quod ideò non habet locum regula nostri tex. in contractibus, qui re contrahuntur, quia talis actio non potest competere ad plus quàm datum sit, *vt l. si tibi &c.* Sed ego video, quod in contractu depositi ad plus competit, ex pacto in continenti apposito, *vt in d. l. Lucius.* nam ibi cauetur, quod ad vsuras incontinenti promissas, pactum inest. Non ergo doctorum fundamẽtum constare potest. Item si vsuræ dant legem contractui depositi, vt dicit text. *in l. Lucius in fine.* ego ignoro, quare pactum de eundo Romam, vel scribendo librum non det legẽ contractui: cum videamus, quod depositum possit fieri gratia vtriusque, vt etiam ibidem constat. Ideò ego sum dubius, an Paul. & Bald. & Alex. & cæteri qui ista docuerunt rectè considerent. ¶Ideò aliter considerarem scilicet ꝙ etiam in contractibus qui re contrahuntur, tale pactum dabit legem contractui, & inerit, si talis est contractus, qui patiatur illud inesse: vt sunt contract. bonę fidei in quib. etiam vltra modũ ipsius contract. pactum inest, *vt fatetur prædicta lex publia. in §. Paulus.* vbi Paul. notabat, quod etiam si pactum excedat depositæ pecuniæ modum, nihilominus actio depositi datur ad vsuras. Item, etiam si pactum sit resolutiuum & cõtra ipsum contractum: nihilominus

nus gaudet inhærentiæ priuilegio, vt declarat Iureconsultus *in l. sed & Celsus §. 1. infra de cõ. empt.* vnde in his contractibus rectè dicemus inesse pactum, & l. contractui dare, vt est de mente legis Lucius. sæpe alle. Sed in contractib. stricti iuris forsan verum esset, quòd tale pactum non possit dare l. cõtractui, quia ad id tantùm competit actio mutui, ad quod datum est, *vt l. si tibi. & l. rogasti, §. si tibi.* Cogita. Id tamen certũ credo, quòd text. noster nihil obstat ad superiora: nam etiamsi Bar. Paulus & Bal. intelligãt eum, vt tunc insit pactũ, quando in pacto venit id, quod potest venire in principali cõtractu, credendum est quod tex. noster in his verbis *(ea enim pacta insunt quæ legẽ contractui dant)* ni-
31 hil tale dicit, sed hoc considero, quòd lex † dicitur cõtractui, quãdo ei conditio aliqua, modus, vel moderatio, vel ampliatio, ex conuentione ponitur. Hoc assumo ex Iureconsultis *in d. l. sed & Celsus, in ver. cum in l. & in l. 1. lege. & in l. pacta conuenta. §. fi. & l. fundi partem, infra de contrahen. empt. & l. si in lege. la prima. & la secunda, infra locati. & l. Lucius Titius. supra alle. & in l. in conuentionalibus, infra de verborum obli.* in omnibus enim his locis lex ipsius contractus appellatur, quando aliqua additio fit ei ex conuentione. Itaq; *in §. nostro* Iureconsultus docet, quod tũc insunt pacta, quando legem contractui dant, id est quãdo in ingressu contractus facta sunt, aliàs si ante contractum vel post, statim non sint posita, certum est, quod non faciunt legẽ contra-

Digitized by Google

contractui, sed sunt quid exterius & interuallatum ab ipso contractu. Vnde nec cōtractus assumit legem conditionis ex tali conuentione, nec legem modi aut moderationis. Hic est verus sensus ad mentem Iurisconsulti, quo ad §. nostrum. Quo attento, nihil probat ad intētionem doctorum, nec ferenda est expositio Iasonis, quam subtilem appellat: quod tex. noster, inquantum dicit *(id est quæ in ingressu contractus facta sunt)* debet referri ad verbum insunt: nam hoc est cauillare, & verbum, *id est*, quod est expositiuū, nihil operaretur. Stet ergo tex. planus prout iacet, quia ita verius intelligitur per superiora. ¶ Ex quibus infero, quòd ea quæ dominus Alex. latè docet *in l. in bonæfidei. in 1. col. & 2.* non sunt vera, quia (hoc intellectu præsupposito) ipse dicit ex mente Bar. & Bal. & Pauli, quòd si commodaui tibi librum, pacto in continenti apposito, quod debeas mihi ædificare domum, tale pactum non informare actionem commodati, quod videtur contra superiora, & præsertim contra rationem *legis cum quidam, §. ex conducto. infra de vsuris*, Item fundamentum doctorum non habet locum vt dixi.

¶ Præterea ex his redditur dubia conclusio Bal. Ang. & Saliceti, quam ibidem confirmat Alex. quòd ad hoc, vt pactum[a] vestiatur cohærentia contractus, requiritur ꝙ pactum fiat ex eadē causa, ex qua fieret cōtractus principalis. quia

[a] Vt pacta vestiatur. De hac materia vide Spec. *in ti. de Sal.* §. 2. *post principium & in l. lecta ff. si per doct. in l. petens C. de pact. & ibi Alberi.*

Quia principalis infert in accessorium. Vnde si dono tibi per stipulationem 10. pacto apposito, quod deberemus facere diuisionem vel permutationem, dicunt ipsi quod pactum non vestitur cohęrentia ipsius contractus, nec ex pacto oritur aliqua actio, quia nudum est *vt supra in §. sed cum nulla.*

Ego miror, quia ipse Alex, *paulò post in eadem 2. col.* fatetur, quod si pactum in continenti appositum, sit diuersæ qualitatis, si tamen in stipulationem deduci poterat id, quod deducitur in pactum, tunc vestitur cohærentia contractus: vt puta, promisi tibi per stipulationē decem, id est certum: statim pacto apposito promisi ire Romam id est incertum, dicit ipse quod vestitur pactũ, quia etiamsi diuersæ sint actiones: tamen stipulationi inest pactum, & nõ actioni. Cum ergo ita possit deduci in certum in stipulationem, prout certum, rectè pactum poterit vestiri, *vt l. lecta. versicu. dicebam. & ita ibi Bartol. in finali col. quem communiter cæteri sequuntur.* Si ergo hæc vera sunt, verum etiam erit, quod si per stipulationem promitto 10. causa donationis, & facio pactum de diuidendis bonis, vel de permutandis, talis stipulatio vestiet pactum. Ratio, quia id quod fuit deductum in pactum, potuit deduci in stipulationem, vnde miror de tali discordia opinionũ. Imò id verius crederē quod prima opinio nõ sit vera: quia stipulatio non potest vestire pactum pro parte stipulatoris, vt supra dicebã.

Cõmunis opinio.

Sed

Sed causa ista cessat in exemplo posito: nam si per stipulationem dono 10. cum pacto permutationis vel diuisionis, ego potero agere, ex tali pacto, quia inest stipulationi: cum pactũ ponatur pro parte rei. Pro qua opinione melius facit *lex lecta, versic. dicebam*, de hoc inferius firmius loquar.

¶ Item ego dubito an rectè doctores loquãtur in exemplo posito, & fateor, quòd non inest pactũ permutationis vel diuisionis ad hoc, vt oriatur pręs. ver. actio: quia etiam si inesset, ex ista ratione non oriretur. Sed credi forsan potest, quod tale pactum non est nudum, vt ipsi dicunt: Imò est vestitum ipsa donatione pręcedente, est enim donatio cum lege & modo: ergo modus obseruandus, & oboritur actio præs. ver. *per l. nostram, in §. sed si in alium.* vbi cum pactum habeat causam, oritur actio præs. ver. Sed si quis dicat, quod nulla est hic causa, quia non donauit sed promisit: respondeo, quod prout datio est causa ad pactum, *vt l. legẽ. C. eo.* ita & promissio efficax, *vt l. auia. Cod. de iure do.* & ad hoc habeo tex. expressum, *l. cum res. C. de dona.* vbi ex pacto incontinenti apposito, ad ipsam donationem oritur actio præs. ver. *& ita notatur in l. 1. Cod. de dona. quæ sub mo. & ibi Bar.* Textus expressus.

Sic ergo dicendũ, quod si promitto causa donationis 10. cum pacto vt debeas ire Romam, vel diuidere bona, vel permutare talem rem, tale pactum habebit actionem: quia habet negocium, scilicet ipsam obligationem, *vt l. solẽt,*

infra de præs. ver. vnde in hoc ego ignoro an doctores rectè sentiant. Fateor tamen quod Bal. aliter loquitur quam do. Alex. quia *in l. petens in 9. col.* non dicit ꝙ pactum non habeat actionē, & quod est nudum, sed tantùm negat vestimētū cohærentiæ. ¶ Item ex his punge Bal. in ratione quam dat in alio exemplo, *in eadem col.* Itē in duobus exemplis, quę ponit *in l. in bonæfidei. paulò antè finem,* quia non determinat bona ra-
33 tione. ¶ Vltimò in isto articulo videndum est, an rectè reprehendat do. Paulus ipsum Ang. qui dicebat, quod si ego deposui apud te rem, cum pacto, vt ires pro me Romā, etiamsi pactum non informat: parit tamē actionē præs. ver. Paul. eum reprehendit, quem sequitur Alex. *in l. in bonæfidei,* & demum Moderni Ticinēses *in nostra l. in 1. limitatione.* ¶ Certè Ang. benè dicit, nescio tamen an recta ratione: sed scio quòd falsa ratione arguitur. Dico ergo ꝙ in tali pacto cōpetūt duæ actiones, vna ex eo cōtractu, quia inest vt dixi: itē actio pręs. ver. nō quia insit, nā ex eo ꝙ inest, est idem quod depositum, & ex deposito nunquam nascitur actio præscriptis verbis, vt dixi sup. in prin. & in hoc erraret Ang. Sed nascitur actio præscriptis verbis, quia pactum habet causam, nam depositū potest fieri gratia depositarij. Vnde si tua gratia depono cum tali pacto, vt eas pro me Romā, pactum habet causam, *vt l. nostra. in §. sed & si in aliū. & in l. solet. infra, de præs. ver.* oritur ergo actio. Nec mirū est, ꝙ depositū tali l. fiat, cum

cum possit fieri sub vsuris, *vt in l. Luc. Titius. eo. tit.* ¶ Nec obstat fundamentum Pauli & sequaciũ, ꝙ cum non insit, non pōt producere actionẽ præs. ver. quia illa productio est effectus inhærentiæ, nam probaui inesse. vt supra. Vnde retenta opinione aliorũ, producit actionẽ præs. ver. q a inest. Sed adhuc ego credo, ꝙ productio act. præs. ver. nõ est ex causa, quia inest: q a attenta illa ratione, ꝓducitur actio ex eo contractu, sed producitur actio præs. ver. ex eo, ꝙ tale pactum habet causam, vt su. in prima declaratione satis excussum est. Vnde in isto casu, in quo dicunt nullam esse actionẽ, darẽtur tres actiones. Prima est ex deposito, secunda, quia cum insit, vestitur & ꝓducit actionẽ pręs. ver. secundùm opinionẽ Bar. & Pauli & Citramontanorũ: tertia est, quia resultat causa. ¶ Ex his tollas primã & secundam limitationem Iasonis hic. ¶ Videamus an sit vera tertia, & di- 34
cunt hic prędicti Moderni quod tex. noster limitatur, quando pactũ inuenit actionem informabilẽ: aliàs secus est. Finge me stipulatũ à te certum. nam isto casu competit certi condictio, *vt in prin. inst. de ver. ob. l. si quis certum. infra, si cer. peta.* deinde fuit adiectum pactum de incerto, vt puta, de eundo Romam: certè certi condictio informari non potest, quam non potest competere ad incertum, vt latè declarat Bartol. *in lege lecta in fi. infra. si cer. pet.* istam limitationem non potest ferre §. noster: quia Bar. in loco pręal. etsi fateaẽ certi condictionẽ

ſunt congrua exempla poſita à gloſſa,& maximè à Bal.in d.*l.petens.*puta ſi ſtipulatus ſum à te fundum tradi,item nudo pacto promiſiſti mihi fodere foueam,dicebat Bal. *in 5.col.* quod ad vtrunque competit mihi actio ex ſtipulatu: certè cum pactũ ponatur pro ſtipulatore, nõ credo quod cenſeatur ſtipulatum, cum nõ ſit formatum ſtipulatione. ¶ Item ex his infertur, contra id quod dicit Bartol. *in l.lecta,in fi.* quod cum pactum inſit ſtipulationi & non actioni, etiãſi in pacto ſit incertũ & in ſtipulatione certum, nihilominus veſtitur, vt puta ſi ſtipulor 10.& in cõtinenti conuenio vt eas pro me Romam: habebo ex ſtipulatu actionem & certi condictionem ſecundùm Bar.Sed ſecundum, quod opinor hoc nullo iure ꝓbatur, imò eſt contra iuris intentionem: cum enim & pactũ & ſtipulatio ponantur pro eodem, non habet locum regula noſtri text. niſi in contractibus bonæfidei. ¶ Tertiò infero ad notata *in d.l.quãuis. C.de vſuris.* vbi notatur, id ſpeciale eſſe in vſuris, vt ex pacto in continenti appoſito non debeantur: credo tamen nullam in hoc fore ſpecialitatẽ,quia lex illa nõ ſe fundat in ſpecialitate: imò regulare eſt, quod ex pacto efficaciter non debeatur, *vt in l. noſtra.* ergo id etiã regulare erit in illo caſu. Nec obſtat, quod illa regula non habeat locũ in pactis in continenti appoſitis,q a illa habẽtur pro parte cõtract. Nam reſpondendum eſt,quòd in illo caſu ceſſat ratio æquitatis, ex qua pacta inſunt, ſ.quia con-

contractus sunt stricti iuris, vnde remanet ibi reg. quod ex pacto non nascitur actio. Quod clarè probatur, quia † si pactum vsurarum ponatur iuxta contractum bonæfidei, pactum censetur inesse, *vt in d.l.* Lucius Titius. *la prima, infra deposi-ti. & l. cum quidã. §. ex locato. infra de vsuris.* Ex quo duo possunt notari: primũ, quod ratio, quare nõ insunt in contractibus stricti iuris, non est odium vsurarum: quia secundum hoc etiam in contractibus bonæfidei id esset verum. Secundum est, quod æquitas contractus bonæfidei operatur, vt insit pactum in continẽti appositum, quando id ponitur pro actore: Vnde cum illa æquitas cesset in contractibus stricti iuris, cessabit etiã dispositio. Cogita in his, & id eligas quod tibi videtur æquius. Vnũ scio, quòd vera iustitia etiam in contractibus bonæfidei, vsuræ non debebuntur ex pacto in continenti apposito, quia sunt prohibitæ iure naturali, *vt in c. quia in omnibus. de vsuris, iuncto §. l. in lege 6. di.* Ex his ergo apparet prima declaratio ad legem nostram. 28

§ Secunda colligitur ex mente textus nostri, in verbo, ea enim pacta insunt, quæ legem contractui dant. Vnde dicit Paulus de Castro *hic in principio, secunda columna* quod textus noster declarat omnes alias leges in ista materia. Nam tunc † pactum in continenti appositum inest, quando legem 29 contractui dat: inest, quia continet aliquid quod potuisset in ipso contractu venire,

venire: Nam possum vendere tibi domum pro centum, vt scribas librum, vel vadas Romam, & hoc pactum habetur loco partis precij, *vt l. fundi partem de contrahen. empt.* vnde in actione ex vendito venire potest, quia habetur ꝓ parte precij. Sed si depono apud te rem, pacto apposito quod scribas librum, certè istud pactũ non dat legem cõtractui, quia à principio nõ potuit fieri depositum in re, vltra rem in deposito datam, *vt l. rogasti. §. si tibi. infra. si cer. pet. l. si tibi. infra isto tit. in princ.* Dicebat tamen Ang. quod bene vestitur à contractu depositi, vt actionem præs. ver. pariat: quod dicit Paul. de Castro sibi falsum videri, quia si nõ inest, propterea, quia legem contractui non dat, *vt patet ex l. nostra*: & vbi non est causa, non potest sub esse effectus. Hucusque Paul. de Castro, quem refert & sequitur dominus Iason in prima limita.

Effectus absq; causa nullus.

30 ¶ Primò ex dictis Pauli de Cast. noto, quod in emptione, venditione, & locatione pactum de eundo Romam, vel de scribendo librum, censetur inesse: quod est verissimum, *vt in d. l. fundi partem. & 1. l. cum quidam. §. ex locato. infra de vsuris. Bart. in l. si emptione. in prin. infra de cõ. empt.* & in hoc nulla dubitatio. ¶ Secundò noto, quod in contractibus qui re contrahuntur, non habet locum ista inhęrentia: ratio, quia hi contractus non recipiunt talem legẽ, *vt l. rogasti. §. si tibi. & l. si tibi supra alle. & per l. Titius. infra de præs. ver. & ita tenet hic Bar. in 3. col. quem sequuntur Bal. Paul. & Alexa. in l. in bonæfidei Cod. eod.*

¶ Ego

Digitized by Google

¶ Ego verò sum in hoc dubius, *per l. Lucius Titius. la prima. in fine. infra depositi & per l. publica in §. Lucius eod. tit.* per quæ iura tollitur doctorum fundamentum: Nam ipsi dicunt, quod ideò non habet locum regula nostri tex. in contractibus, qui re contrahuntur, quia talis actio non potest competere ad plus quàm datum sit, *vt l. si tibi &c.* Sed ego video, quod in contractu depositi ad plus competit, ex pacto in continenti apposito, *vt in d. l. Lucius.* nam ibi cauetur, quod ad vsuras in continenti promissas, pactum inest. Non ergo doctorum fundamẽtum constare potest. Item si vsuræ dant legem contractui depositi, vt dicit text. *in l. Lucius in fine.* ego ignoro, quare pactum de eundo Romam, vel scribendo librum non det legẽ contractui: cum videamus, quod depositum possit fieri gratia vtriusque, vt etiam ibidem constat. Ideò ego sum dubius, an Paul. & Bald. & Alex. & cæteri qui ista docuerunt rectè considerent. ¶ Ideò aliter considerarem scilicet ꝙ etiam in contractibus qui re contrahuntur, tale pactum dabit legem contractui, & inerit, si talis est contractus, qui patiatur illud inesse: vt sunt contract. bonæfidei in quib. etiam vltra modũ ipsius contract. pactum inest, *vt fatetur prædicta lex publia. in §. Paulus.* vbi Paul. notabat, quod etiam si pactum excedat depositæ pecuniæ modum, nihilominus actio depositi datur ad vsuras. Item, etiam si pactum sit resolutiuum & cõtra ipsum contractum: nihilominus

nus gaudet inhærentiæ priuilegio, vt declarat Iureconsultus *in l. sed & Celsus §. 1. infra de cō. empt.* vnde in his contractibus rectè dicemus inesse pactum, & l. contractui dare, vt est de mente legis Lucius. sæpe alle. Sed in contractib. stricti iuris forsan verum esset, quòd tale pactum non possit dare l. cōtractui, quia ad id tantùm competit actio mutui, ad quod datum est, *vt l. si tibi. & l. rogasti, §. si tibi.* Cogita. Id tamen certũ credo, quòd text. noster nihil obstat ad superiora: nam etiamsi Bar. Paulus & Bal. intelligāt eum, vt tunc insit pactũ, quando in pacto venit id, quod potest venire in principali cōtractu, credendum est quod tex. noster in his verbis (*ea enim pacta insunt quæ legē contractui dant*) nihil tale dicit, sed hoc considero, quòd lex † di-
31 citur cōtractui, quādo ei conditio aliqua, modus, vel moderatio, vel ampliatio, ex conuentione ponitur. Hoc assumo ex Iureconsultis *in d. l. sed & Celsus, in ver. cum in l. & in l. 1. lege. & in l. pacta conuenta. §. si. & l. fundi partem, infra de contrahen. empt. & l. si in lege. la prima. & la secunda, infra locati. & l. Lucius Titius. supra alle. & in l. in conuentionalibus, infra de verborum obli.* in omnibus enim his locis lex ipsius contractus appellatur, quando aliqua additio fit ei ex conuentione. Itaq; *in §. nostro* Iureconsultus docet, quod tũc insunt pacta, quando legem contractui dant, id est quādo in ingressu contractus facta sunt, aliàs si ante contractum vel post, statim non sint posita, certum est, quod non faciunt legē contra-

Digitized by Google

contractui, sed sunt quid exterius & interuallatum ab ipso contractu. Vnde nec cõtractus assumit legem conditionis ex tali conuentione, nec legem modi aut moderationis. Hic est verus sensus ad mentem Iurisconsulti, quo ad §. nostrum. Quo attento, nihil probat ad intẽtionem doctorum, nec ferenda est expositio Iasonis, quam subtilem appellat: quod tex. noster, inquantum dicit *(id est qua in ingressu contractus facta sunt)* debet referri ad verbum insunt: nam hoc est cauillare, & verbum, *id est*, quod est expositiuũ, nihil operaretur. Stet ergo tex. planus prout iacet, quia ita verius intelligitur per superiora. ¶ Ex quibus infero, quòd ea quæ dominus Alex. latè docet *in l. in bonæfidei. in 1. col. & 2.* non sunt vera, quia (hoc intellectu præsupposito) ipse dicit ex mente Bar. & Bal. & Pauli, quòd si commodaui tibi librum, pacto in continenti apposito, quod debeas mihi ædificare domum, tale pactum non informare actionem commodati, quod videtur contra superiora, & præsertim contra rationem *legis cum quidam, §. ex conducto. infra de vsuris*, Item fundamentum doctorum non habet locum vt dixi.

¶ Præterea ex his redditur dubia conclusio Bal. Ang. & Saliceti, quam ibidem confirmat Alex. quòd ad hoc, vt pactum[a] vestiatur cohærentia contractus, requiritur quod pactum fiat ex eadẽ causa, ex qua fieret cõtractus principalis.

[a] Vt pactũ vestiatur. De hac materia vide Spec. *in ti. de Sal.* §. 2. *post principium & in l. lecta ff. si per doct. in l. petens C. de pact. & ibi Alberi.*

quia

Quia principalis infert in accessorium. Vnde si dono tibi per stipulationem 10. pacto apposito, quod deberemus facere diuisionem vel permutationem, dicunt ipsi quod pactum non vestitur cohęrentia ipsius contractus, nec ex pacto oritur aliqua actio, quia nudum est *vt supra in §. sed cum nulla.*

Ego miror, quia ipse Alex, *paulò post in eadem 2. col.* fatetur, quod si pactum in continenti appositum, sit diuersæ qualitatis, si tamen in stipulationem deduci poterat id, quod deducitur in pactum, tunc vestitur cohærentia contractus: vt puta, promisi tibi per stipulationē decem, id est certum: statim pacto apposito promisi ire Romam id est incertum, dicit ipse quod vestitur pactū, quia etiamsi diuersæ sint actiones: tamen stipulationi inest pactum, & nō actioni. Cum ergo ita possit deduci in certum in stipulationem, prout certum, rectè pactum poterit vestiri, *vt l. lecta. versicu. dicebam. & ita ibi Bartol. in finali col. quem communiter cæteri sequuntur.* Si ergo hæc vera sunt, verum etiam erit, quod si per stipulationem promitto 10. causa donationis, & facio pactum de diuidendis bonis, vel de permutandis, talis stipulatio vestiet pactum: Ratio, quia id quod fuit deductum in pactum, potuit deduci in stipulationem, vnde miror de tali discordia opinionū. Imò id verius crederē quod prima opinio nō sit vera: quia stipulatio non potest vestire pactum pro parte stipulatoris, vt supra dicebā.

Cōmunis opinio.

Sed

Digitized by Google

Sed causa ista cessat in exemplo posito: nam si per stipulationem dono 10. cum pacto permutationis vel diuisionis, ego potero agere, ex tali pacto, quia inest stipulationi: cum pactū ponatur pro parte rei. Pro qua opinione melius facit *lex lecta, versic. dicebam*, de hoc inferius firmius loquar.

¶ Item ego dubito an rectè doctores loquātur in exemplo posito, & fateor, quòd non inest pactū permutationis vel diuisionis ad hoc, vt oriatur pręs. ver. actio: quia etiam si inesset, ex ista ratione non oriretur. Sed credi forsan potest, quod tale pactum non est nudum, vt ipsi dicunt: Imò est vestitum ipsa donatione pręcedente, est enim donatio cum lege & modo: ergo modus obseruandus, & oboritur actio præs. ver. *per l. nostram, in §. sed si in alium.* vbi cum pactum habeat causam, oritur actio præs. ver. Sed si quis dicat, quod nulla est hic causa, quia non donauit sed promisit: respondeo, quod prout datio est causa ad pactum, *vt l. legē. C. eo.* ita & promissio efficax, *vt l. ama. Cod. de iure do.* & ad hoc habeo tex. expressum, *l. cum res. C. de dona.* vbi ex pacto incontinenti apposito, ad ipsam donationem oritur actio præs. ver. *& ita notatur in l. 1. Cod. de dona. quæ sub mo. & ibi Bar.* Textus expressus.
Sic ergo dicendū, quod si promitto causa donationis 10. cum pacto vt debeas ire Romam, vel diuidere bona, vel permutare talem rem, tale pactum habebit actionem: quia habet negocium, scilicet ipsam obligationem, *vt l. solēt,*

cum possit fieri sub vsuris, *vt in l. Luc. Titius. eo. tit.* ¶ Nec obstat fundamentum Pauli & sequaciū, q̄ cum non insit, non pōt producere actionē præs. ver. quia illa productio est effectus inhærentiæ, nam probaui inesse. vt supra. Vnde retenta opinione aliorū, producit actionē præs. ver. q̄a inest. Sed adhuc ego credo, q̄ productio act. præs. ver. nō est ex causa, quia inest: q̄a attenta illa ratione, ꝓducitur actio ex eo contractu, sed producitur actio præs. ver. ex eo, q̄ tale pactum habet causam, vt su. in prima declaratione satis excussum est. Vnde in isto casu, in quo dicunt nullam esse actionē, darētur tres actiones. Prima est ex deposito, secunda, quia cum insit, vestitur & ꝓducit actionē pręs. ver. secundùm opinionē Bar. & Pauli & Citramontanorū: tertia est, quia resultat causa. ¶ Ex his tollas primā & secundam limitationem Iasonis hic. ¶ Videamus an sit vera tertia, & di- 34
cunt hic prędicti Moderni quod tex. noster limitatur, quando pactū inuenit actionem informabilē: aliàs secus est. Finge me stipulatū à te certum. nam isto casu competit certi condictio, *vt in prin. inst. de ver. ob. l. si quis certum. infra, si cer. peta.* deinde fuit adiectum pactum de incerto, vt puta, de eundo Romam: certè certi condictio informari non potest, quam non potest competere ad incertum, vt latè declarat Bartol. *in lege lecta in fi. infra. si cer. pet.* istam limitationem non potest ferre §. noster: quia Bar. in loco pręal. etsi fateat̄ certi condictionē

Digitized by Google

non competere ad incertum, dicit tamen pactum inesse: ratio, quia stipulationi inest pactum, & non actioni: *vt probatur in ver. dicebam*, vnde ipse dicit, quod cum pactum insit stipulationi, habetur ac si stipulatum fuisset: & sic cum duo sint deducta in stipulatione, duæ erunt stipulationes, *vt l. scire debemus. infra, de verb. obligation.* ex vna ergo orietur actio certi condictionis: ex alia actio ex stipulatu, ita Barto. ibi & cõmuniter omnes: vnde noto, quod cum dicitur pactum inesse, debet intelligi contractui, & non actioni. vt Bart. notat hic in 3. col. ibi quæro tex. vbi tex. istum intelligit, quòd nõ solùm pactum informat actionem, sed etiam obligationem & contractum. Et ita intelligit illa verba, insunt bonæ fidei iudicijs: patet ergo, quod cum in casu supposito, etiam si non informetur actio, inest tamen pactum contractui, & hoc conformat cum lege nostra, nec in hoc limitat. Credo q limitatio tẽdat ad actionem, in quantum dicit text. quinimò interdũ informat ipsam actionem: tamẽ etiam in hoc, tam moderni quam cæteri videntur à veritate deuiasse. Et considero satis naturaliter, quod informatio est effect⁹ causę, scilicet quia inest contractui: sed inesse est idem esse, vt omnes fatentur: at cõtractus est ante actionem, quia causa præcedit effectum, ergo pactum est ante ortum actionis. Ex quo sequitur, quod actio non extenditur, sed cum nascitur, omnia comprehendit quæ deducta fuerunt, tam in con-

Cõmunis opinio.

Digitized by Google

contractu quam in ipso pacto: vnde ab omnibus simul iunctis nascitur actio ex eo cōtractu. Et hoc est quod dicitur, partem esse contractus. De hoc satis latè sup. *in princ. huius* §. si hoc ergo est verum consideratione iuris, sequitur in quæstione præposita, quod pactū informat actionem: ratio, quia informare est producere, non autem extendere: cum secundùm doctores insit: sequitur quod producitur actio, quæ talis produceretur qualis conueniat pacto. ¶ Sed contra superiora taliter arguo: pactum inest stipulationi. i. est in eodem esse, *vt in* §. *dicebam.* Sed si pactum fiat de eundo Romam, necessario est quod sit alia stipulatio: tot nanque sunt stipulationes, quot res in ipsis deducuntur, *vt in d. l. scire debemus.* ergo non potest esse quod insit in illa stipulatione. Nec videtur obstare *lex lecta.* quia ibi idē, & non diuersum deducitur in pactū, etsi qualitas mutetur: vnde benè potest inesse. ¶ Ego quippe credo, quod nō insit eo modo quo doctores intelligunt, scilicet quando stipulatio & pactum ponitur pro eodem: quia tunc obsistit natura stipulationis & deest æquitas, qua censetur inesse: nec credas verum esse id, quod intelligit do. Alexand. *in l. lecta.* quod ibi pactū inerat ꝓ actore. Inesse enim nihil aliud est nisi stipulatum censeri, vt in ver. dicebam. Sed pro actore vere stipulatum fuerat, ergo pro eo non fingitur stipulatum fuisse, & sic ibi pactum inest pro reo: quia qualitas, quæ

Obiectio.

Digitized by Google

fuit addita pacto, est fauorabilis ipsi reo. Videndũ ergò esset quando pactũ apponitur ꝑ reo, de diuersa tñ re, an insit stipula. de quo inferius. ¶ Ex superiorib. elicio primũ, ꝙ non rectè determinat Bar. *in 3. col. ad fin.* cum quærit, & respondet, ꝙ pactum informat actio. & oblig. & contractũ: nã fateor quod informet ipsam actionẽ & obligat. quia eas producit cum insit: diffideo verò in hoc, ꝙ contractum informet: nec hoc vnquã iure probabitur. Quia informare in nostra materia non capitur pro extẽdere, eò maximè, quod informare est secundũ ꝙ inest, & inesse est idem esse: Sed idẽ à se ipso non ampliatur. ¶ Secundũ elicio, quod malè tenet do. Ias. *in l. lecta 17. col.* vbi dicit, quod certi condictio, quę cõpetit ex stipulatione, dabitur ad pactum de eundo Romã, & sic ad incertũ, & ita dicit esse verũ in puncto iuris, & se disputasse cum illam l. repeteret: vtinã in illa disputatione adfuissem: nam magnus Iason laberinthũ illius l. & huius materiæ resoluisset. Vides ergo ꝙ dominus Iason sibi non constat: nã hîc tenet talem actionem non cõpetere ad incertum, ibi fatetur competere. Sed hic sequitur communem opinionẽ, ibi aũt singularem Petri & Cy. & propriam, præsupposito hoc, quod pactum inest, etiam pro actore in ipsa stipulatione secũdùm doctores, de quo ego satis dubito: tamẽ dato pro vero: præcipuum fundamentum domini Iason. est text. *lege fundi partem. sup. sapius al. & lege tenetur. §. 1. de act. empti.* nam

Idem ampliatur nũquam à se ipso.

Cõmunis opinio.

nam actio ex vendito, sui natura non competit nisi ad precium, quod quidem consistit in pecunia numerata: ideò si in alia constituatur, non competit actio ex empto. *l. si precium, insti. de empt. & vend.* pone ergo, quod vendo tibi domũ pacto apposito quod vadas pro me Romam. nam si istud pactum sit minus quam precium, certè actio ex vendito, quæ sui natura non competit nisi ad precium, competet ad id quod deducitur in pactum, & sic illa informatione extenditur actio ad illa, quæ sunt extra naturam actionis. Sic ergo certi cõdictio extenditur ad incertum, quando id, incertum, est minus quam id quod deducitur in stipulationem: aliàs si est magis quam preciũ, dicit ex empto non agi, nec ex certi cõdictione: hæc sunt Ias. verba. *in vl. parte illius col. cũ seq.*
¶ Vides ergo, quod si nos consideramus, quomodo contingit illud inesse, nõ est necessarium extẽdere actionẽ, sed pactũ eam producit, *vt patet in l. lecta. ver. dicebã. & ver. sed cum fortis.* si ergo pactum producit, sequitur ꝙ non extenditur actio certi condictionis, sed talẽ producet, qualẽ pacto conueniat. In pacto enim venit incertũ, ergo orieť act. ex stipulatu, & hanc credo veritatẽ: qua attẽta, credi põt ꝙ dñs Ias. nõ rectè arguat, nec intellexerit *l. fundi partẽ. & l. tenet. §. 1.* nã ipse dicit, ꝙ ibi actio ex emp. extẽdiť ad deducta in pactũ, nulla.n. est ibi extẽsio: imò ab initio actio nasciť ad vtrũq;, à toto.n. composito, deducitur actio ad totũ. Sed si q̃s
 dicat,

dicat, quod Iason intelligit actionem in genere, quæ quidem in emptionibus ad solum precium datur: In isto tamen casu datur, ad precium, & vt eas Romam, etiamsi isto modo ipse intelligat, tamen non videtur rectè intelligere. Ratio, quia illud pactū positum pro ipso venditore, habet loco precij, *vt sentit lex fundi partem. ibi. nam hoc ipsum precium fundi videtur. & lege si sterilis. §. si tibi. ibi. quasi in partem precij ea res sit.* & ita ipse Iason *in prima limitatione quam ponit in l. nostra*: dicit quod de natura emptionis est, vt factum possit venire in partem precij, vt patet in illis iuribus, & in hoc concordant omnes contra Saly. Non ergo est verum, quod illa actio datur contra naturā emptionis, cum ad preciū detur, & cum emptio sui natura tale pactum suscipiat. Cōmunis opinio.

36 ¶Item in alio videtur peccare do. Ias. in quantum sentit, quod de natura emptionis est, vt tantum ad precium in pecunia numerata detur actio ex vendito, & nō ad aliud. Fateor quod non de natura, imò de substantia & essentia emptionis est, vt precium constituatur in pecunia numerata, *vt insti. eo. in prin. & §. item precium. & in l. pacta conuenta. infra de con. empt.* natura enim in hoc à substantialibus distinguitur, *vt notatur in d. l. pacta in prin. glo. mag. Pau. de Cast. in l. ex empt. in prin. infra de acti. empti.* at de natura emptionis est, quod omnem conuentionem licitam suscipiat, in tātum, quod suscipit conuentionem sui resolutiuam, *vt patet in l. ex empto. §. si quis vina. & ibi. Bar.* quod

Digitized by Google

quod declarat Iureconsultus *l. sed & Celsus. de cõtrahen. emp.* Emptiones enim amplissimam interpretationem suscipiunt ab ipsa conuentione, vt ibi dicebat Pomponius. Vnde nõ est dicendum, quod agere ex empto ad id quod deuenit in pacto, sit contra naturam emptionis. Sed si opponas, quod est contra substantialia, id negatur, quia substãtialia interueniunt: interuenit enim precium, scilicet x, ideo emptio habet sua essentialia, & valet: agitur ergo actione ex empto ad id qđ deuenit in pacto: nec hoc est contra substantiam, cum sit emptioni proprium vt agi possit. ¶ Item tertiò videtur 37
peccare do. Iaso, cum dicit, quod si vendo tibi domum pro x. pacto apposito, vt vadas pro me Romam: si tale pactum sit maius quàm preciũ, dicit Ias. quod non est emptio, sed est contractus innominatus. Certè ego credo, quod dominus Iaso nunquam iure probabit quod dicit: nam si vendo tibi rem pro decem, interueniunt omnia essentialia emptionis, interuenit enim duorum consensus, res vendita, & precium in pecunia numerata, ergo erit emptio, *per §. item precium. & per le. 2. de con. emp. inst. & insti. eo. in prin.* Nec obstat pactum appositũ de eundo Romam, quia nihil impedit ipsam emptionem, cum habeat sua essentialia: at credo fundamentum ipsius Iaso. esse, quod ex quo factũ est maius quàm precium, præsumitur noluisse vendere, sed alium cõtractum facere. Sed ista sunt pugnantia. nam dicit, vendo tibi rem pro

decem, & dominus Iaso. appellat precium ipsa decem, ergo non potest negare velle vendere, *vt l. naturalis. §. siquidem. infra de præs. ver.* Ex qualitate enim actus çognoscitur agentis intentio. *l. non codicillum. C. de testam.* Nec obstat *lex insulam. de præs. ver.* quia ibi deficit preciũ, quod hîc præsupponimus. Nec obstat id quod dicit Bar. *in l. Aristo. de donation. & in l. 2. in prin. ff. si cer. petatur.* quod quando principalior est res quæ promittitur pro re, quàm ipsa pecunia, tunc erit permutatio, *c. quæstiones. de rerum permut.* quia ego id fateor in dubio: si tamen expresse agatur de emptione, constituto precio, vt loquitur do. Iason, tunc erit emptio, præsertim in terminis nostræ quæstionis, scilicet quãdo apponitur pactum de eundo Romam. Et ita eodem modo respondeo ad c. quæstiones, de rerum perm. ibi enim pecunia non datur in precium, sed vt præponderet res cum alia re, & æqualiter fiat permutatio, ideo nõ erit emptio: secus si pro precio ponatur. ¶ Itaque distinguendum esset, aut ego vendo tibi rem vt insulam ædifices, & nullum aliud precium constituitur, & tunc non est emptio, *vt l. insulam. sup. al.* ratio est, quia etiamsi ponatur verbum, *vendo*, tamen deficiunt essentialia: aut vẽdo tibi rem pro x, pacto apposito, vt vadas pro me Romã, & tunc ego opinor indistinctè esse emptionẽ: aut ego do tibi rem vt vadas pro me Romam, & vt des mihi decem, & tunc principalius attẽditur. Ita loquitur Barto. ex ratione cap. quæstiones.

Intentio agentis cognoscitur ex qualitate actus.

Digitized by Google

stiones. ¶ Ex his forsan rectè dicetur, quod si 38
darem vel promitterem tibi dare rem pro x, pacto apposito, vt eas pro me Romam, etiamsi pactum pluris sit quàm ipsa pecunia, tamẽ credo emptionem esse, cum appareat ex verbis, decem esse constituta in precium ipsius rei: idcirco cum interueniunt substantialia, nescio qua ratione negari possit, vt non sit emptio, *vt l. à Titio. ff. de furtis.* Hanc conclusionem tenere poteris ex mente *legis cum te. Cod. de pactis inter emptorem & venditorem.* vbi exiguo precio constat emptionem fuisse, pacto apposito ad rem, quod quidem pactum dedit causam contractui. Et quod sit ibi emptio, tenet ibi glo. Barto. & Sali. & glo. & Bartol. *in l. fi. 2. col. ad finem. infra de condi. ob causam.* Vnde constat, do. Ias. non rectè illum tex. interpretari *in nostro §. in prima limitatione*, cum per illum velit probare, quod non sit emptio. Imò ibi constat emptionẽ esse, etiamsi habeat locum cõdictio ob causam, quia illud pactum dedit principaliter causam contractui. Et hoc tenet Bartol. *in dicta l. fi.* vbi sentit quod in l. cum te. pactum vestitur cohærentia contractus, ergo erat emptio. Itaq; do. Iaso. malè probat intẽtionem suam ex illo tex. de quo pulchra & subtilia dicemus, dum dabitur scribendi occasio. Sat est quod ad intellectum communem, etiam quo ad illam legem peccat do. Ias. pulcrius ergo enarrat & refert aliorum dicta, quod est sibi proprius, quàm hãc conclusionem, & forsan cæteras disputare.

¶ Quar-

39 ¶ Quartam limitationem ponit do. Iaſ. ꝙ regula noſtræ legis non habeat locum, quando pacto apponitur pœna: Itaque ſi poſt contractum pacto incontinenti appoſito, deducatur pœna, tale pactum non inerit. Quam limitationem dicit tenere glo. *l. ſeruus ea lege. infra de ſer. expor. in l. ſtipulatio iſta. §. alteri. infr. de verborū obli.* ſed illæ glo. reprobantur communiter, vt per do. Ale. *in d. §. alteri.* hucuſque do. Iaſ.

Cõmunis opinio.

¶ Conſiderandum primò eſt, an gloſſæ verè loquantur, & forſan credendum eſſet eas rectè cõcludere. Diſtingue ergo, aut nos loquimur in contractibus ſtricti iuris, & tunc veriſſimum credo, quod pactum pœnale non veſtiatur ab ipſa ſtipulatione, vt puta, promitto intra certum tempus conſtruere domum, quā ſi non conſtruxero, in pœnam pacto promitto decem, certè tale pactum non inerit ſtipulationi. Ratio, quia iure non probatur, quod ſtipulationibus inſint pacta contra ipſum ꝓmiſſorem: Imò ex intentione tex. noſtri contrarium erit verum, vt ſuprà dixi in ſecũda declaratione. Quinimò, etiamſi teneatur quod ꝓ parte actoris ſtipulationibus inſunt pacta, probatur hoc pactum, tanquam odioſum, nõ ineſſe, prout dicimus in vſuris, *vt le. quamuis. C. de vſuris.* & hoc arg. eſt gloſſæ *inſti. de inuti. ſtipu. §. alteri. in verſi. pœnam.* vbi gloſſa idem tenet. quod ego verum credo, non tamen ſua ratione ſpeciali: nec odio aliquo, ſed vniuerſali ratione, quia talis fictio in iure non inuenitur. Nec habet

Digitized by Google

bet locum æquitas bonæ fidei contractus ex qua lex nostra se fundat. Vnde vera concludūt glossæ *in dicta le. stipulatio ista. §. alteri. & insti. de inutilibus stipu. §. alteri.* Aut nos loquimur in contractibus bonæ fidei, & tunc pacta pœnalia etiam vestiuntur. Ratio, quia hi contractus, ex conuentione etiam odiosa & contractui contraria, sortiuntur effectum, & censentur inesse. *vt le. ex empto. §. si quis vina. infra de ac. emp. & l. sed Celsus. §. 1. de con. emp.* & ideo dicimus, quod pactū vsurarum, quod habet eandem rationem quā pactum pœnale, inest ipsi contractui bonæ fidei, *vt l. cum quidam. §. ex locato. infra de vsuris. & le. initio. C. de pactis inter emp. & ven.* Vnde rectè tenet glossa *in dicta le. seruus ea lege. in verbo cogitur, & in verbo agetur.* quod pactum vestiatur cohærentia illius contractus. Idcirco quo ad legem nostram verum est, quod nulla est limitatio, quia siue sit pœnale pactum, siue non pœnale, semper inerit in contractibus bonæ fidei.

¶ Noto tamē, quod prædictæ glossæ in duobus peccant: primum est, quia idem credūt esse in pacto pœnali posito ad stipulationem, & in pacto pœnali posito ad contractum bonæ fidei, quod secundùm me, & etiam secundùm doctores non est verum.

¶ Item peccant in alio, quia credunt quod ad hoc, vt pactū pœnale vestiatur, necesse est quòd intersit *per prædictam le. seruus ea lege.* & hoc est falsum. Nec obstat lex ista, quia ibi ea ratione non potest agi, nisi intersit: quia pœna fuit appo-

Digitized by Google

appoſita conuentioni,quæ ſolam duritiẽ continet: vnde cum contractus bonæfidei interpretatio, fiat ex boni viri fide & arbitrio, illa pœnalis conuentio non committitur, niſi interſit, aut niſi ob hoc pactum minoris vendidiſſet, vt dicebat Paulus & Sabinus,*l. ſi venditor. eod. tit. in fine.* Et probatur *in eadem l. ſeruus. in fine.* Igitur ſi aliàs conuentio eſſet non ita odioſa, tunc pactum pœnale ineſſet, & ita eſt de mente gloſſæ ibi in verbo, agetur. Vnde ex illa lege reſultat declaratio ad noſtram legem, quod etiamſi pacta pœnalia inſint, ſi tamẽ pœna ſit duræ cauſæ adiecta, dicimus non ineſſe, niſi interſit. At cum interſit, ad intereſſe agi, non autem ad pœnam, quia in eo quod ſuperat intereſſe, duram & ſæuam cauſam continet, *vt in fine l. ſeruus.* Ex his reſultaret pulcra dubitatio ad *legem prædia. infra de act. emp.* an ſicut ibi ſtipulationis conuentio informat actionem ex eo contractu, ita eodem modo conuentio ſtipulationis pœnalis ibi poſita informare poſſit. Cogita,
40 quia ad partes inuenies rationes. ¶ Quintam limitationem addit do. Iaſ. in fideiuſſione facta nudo pacto: nam etiamſi in continenti ſit appoſitum, non veſtitur cohærentia contractus, ſecundùm Bal. *in l. ex placito. 17. quæſt. C. de rerum perm. allegat l. quintam. §. ſatis acceptio. infra de verborum oblig.* vbi fideiuſſio neceſſe eſt quod fiat ſtipulatione, *facit lex blanditus. C. de fideiuſſ.* Dominus Iaſon ſubdit rationem, quia contractus principalis non eſt factus cum fideiuſſore, & hæc

hæc est ratio Ioan. Fabri. *instit. de fideiuss. super Rubric.* vnde dicit ipse, quod bene facit illud, quod vult Baldus *in c. 1. de pactis. in penultima columna.* vbi tenet Bald. quod etiam de iure canonico, fideiussor ex pacto nudo non obligatur, quia cap. 1. loquitur in his, qui promittunt nomine proprio: non in his qui nomine alieno. Ex quo dicit resultare pulchram limitationẽ ad c. 1. de pactis. Hæc sunt Iasonis verba.

¶ Quippe hi Moderni semper conantur accumulare limitationes, melius fecissent si se limitassent, quia iuris ratio non numero, sed põdere venditur. Dico ergo, quod ex his dictis nulla resultat limitatio ad leg. nostram, nec ad nostram materiam: Quia si tu promittis mihi decem, & in continenti alius fideiubet pro te. Hic duo sunt contractus, & diuersi contrahentes: vnde nihil ad materiam nostram, quia lex nostra cum similibus loquitur, quando ab eisdem pactum subditur. Nam si à diuersis tã in fideiussione quàm in aliis contractibus, verum erit quod pactum erit nudum, nec vestitur. Itaque paribus terminis nulla limitatio est, quod ego probo alia ratione: quia forsan verum est, quod pactum fideiussionis vestiatur à contractu. Pone, quod ego vendo tibi domum pro decem, pacto apposito fideiussionis, pro tali qui mihi debet, c. Certè nescio quare non valeat.

Iuris ratio nõ numero, sed pondere venditur.

¶ Vel si, vt Doctores, tenes, quod pactum inest stipulationi, si promitto per stipu-

Digitized by Google

ſtipulationem x. & ſtatim promitto fideiuſſorio nomine v. pro Sticho, certum eſt quod veſtietur, quia nulla eſt maior ratio, ad impediendum tale veſtimentum in iſto caſu, quàm in alio ſimili. ¶ Nec obſtat ratio tex. *l. quinta. §. ſatis acceptio, nec lex blanditus.* quia fateor, quod fideiuſſio exigit ſtipulationem, vt valida ſit promiſſio: nam niſi fiat ſtipulatione, remanet in pacto nudo. Sed pactum alias nudum, ſi contractui apponatur, cenſetur ineſſe: ergo iſtud pactum inerit. ¶ Item probatur eadem ratione, quam aſſignat Io. Fa. & confirmant Moderni, quia dicunt ideo non veſtiri fideiuſſorũ pactũ, quia fit ab alio quàm à promiſſore: ſed in caſu noſtro fit à promiſſore, ergo veſtitur.

Obiectio.

41 ¶ Item prædicti Moderni fatentur, quod ſi poſt contractum ſtatim promittas fideiubere pro tali, veſtitur tale pactum, ſed iſtud pactum ita erat inefficax pacto nudo, prout fideiuſſionis pactum: At iſtud veſtitur, ergo & ipſum fideiuſſorium pactum veſtietur. Vides ergo, ꝙ nulla eſt limitatio. Imo tex. noſter omnino habet locum in fideiuſſorio pacto.

¶ Item nec teneo aliam limitationem *ad c. ſi. ſu. pall.* quam etiam dicit ſumpſiſſe à Bal. & eam confirmat Felinus *in dicto c. 1.* quia exoritur mihi dubitationis ratio: nam ſalua reuerentia, & verba, & ratio tex. in c. 1. comprehendit caſum fideiuſſionis. Dixerunt enim vniuerſi, pax ſeruetur, pacta cuſtodiantur, ſed hoc eſt pactum, quia nullus contractus ſine pacto, *vt l. 1. §. adeo.*

ſup. co.

Digitized by Google

sup.eod. ergo hæc obseruabitur. Item ratio peccati euitandi, quia non obseruare pactum peccatum est, cum sit cōtra rationem naturalem, *vt l.1.in princ.sup.eod.& in c.fi.de consuetu.* ergo non obseruat pactum fideiussorium, cum de se sit licitum, peccatum esset, ex quo sequitur includi in c.1. quia id obseruare voluit, quod ratio naturalis, vt ius canonicum ab omnibus euitet peccatum, *vt in c.vt animarum.de consti.li.6. & in prooem. Grego.* Item ratio, quare fideiussio est inefficax pacto nudo, nulla est, nisi quia pacta sunt inefficacia, tanquam à iure ciuili fomentum non habentia. Vnde si pacto tantum ꝓmittis, non fideiubes. Sed ista ratio in iure canonico cessat, quia sola conuentione efficaciter ꝓmittitur, ergo valebit fideiussio: ad quod optimè facit tex. *in c. ex rescripto, de iureiuran.* vbi monachi, qui nullo vinculo ciuili astringūtur, necesse est quod ex sola conuentione fideiussoria teneantur, & hoc verissimum credo. Nec obstat id quod in omniū ore est, c.1. esse correctorium, quia hoc falsum esse ibi ostendā. Imò & si verum esset, nulla potest esse de hoc strictio, vt constat ex ratione *l. bona fides. ff. depositi. & ibi Paul.de Cast.* Hæc altius à suis principiis exordiar, cum duce Deo illud c. repetiero.

Pacta non obseruare, peccatū.

Monachi nullo iure ciuili tenentur.

¶ Ad propositum ergo hæc reducantur: & quæro, an istud vestimenti inhærentiæ habeat locum de iure canonico? & videtur quod nō: quia fingendi nulla necessitas, cum verè pacta sint efficacia. Sed respōde, quod etiam vbi pa- 42

cta aliàs sunt efficacia, habet locum tale vestimentum, *vt l.2.C.de pactis inter emp.& ven.* nam si ex pacto ad contractum resultat causa, pactũ non est nudum, nihilominus inest, ergo ita inerit de iure canonico ex ęquitate cuiuslibet cõtractus. Quod tamen intelligerem secundùm distinctionem, quam colliges ex prima decla-
43 ratione. ¶ Sextò limitant hic Moderni regulã nostri text. quando principalis contractus fieret ad fauorem vnius, pactum verò ad fauorẽ alterius. *gloss. est l. petens. & l. nostra, in verbo bonæ fidei. eas Bart. latè sequitur, & confirmat in l. petens. & in nostro §. in prima quæstion. & cõmuniter alij.* Pro limitatione primò facit, quia repugnat quod actio illa, quæ oritur tibi contra me, cõtra te informetur mihi, *ar. l. non tamen. §. si emancipatus. ff. de contra. tu.* Item facit regula *l. quod fauore. sup. de leg.* ¶ Item & tertiò pro ista parte allegat Bart. *l. si tibi. C. locati.* quam dicit optimè facere: addit do. Alex. aliud fundamentum *in dicta leg. petens.* quia pactum dicitur pars ipsius contractus, *vt l. fundi partem.* ergo vt insit, debet toto conuenire, &c. Aliqui tamen tenebant contrarium *per legem 1. §. accedit. C. de rei vxor. act. & per l. ex morte. de pact. conuen. C.* vbi pactum inest pro eo, pro quo non oritur actio. ¶ Certe ego credo, quòd quo ad legem nostram non sit recta limitatio, & primò arguam à ratione, deinde dabo iura. Ratio enim quare ista pacta insint, est, quia postquam iuxta contractum ponuntur, æquũ est ea iure contractus censeri, & vt partes debeant

Cõmunis opinio.

Digitized by Google

beant obseruare ea, quæ fuerunt apud contractum conuenta. Hæc est ratio nostri tex. Sed ista ratio à fortiori habet locum, quādo pactū apponitur pro ipso obligato: cū enim ipse necessitate contractus sit strictus, ęquius est, vt econtrario etiam ipse actor obligetur: facit qđ reis iura sint fauorabiliora, *vt in c. ex literis. de probat*. Item hoc probo ex lege nostra, in verbo etiā ex parte actoris insunt: dictio enim, *etiam*, est implicatiua, *vt notatur in c. accusatus, in verbo, etiam. de hære. lib. 6. & glos. hic*. ergo etiam pro reo inerūt, & sic ex mente tex. nostri est, quod fortius est: aut difficilius, vt ex parte actoris insint, quā ex parte rei, cum per dictionē *etiam*, quasi amplians & extendens Iureconsultus loquatur. Vnde constat, nō rectè procedere quo ad istum §. Modernorum limitationem, eadem verba reponuntur in §. si igitur. infra ista lege. *Etiam* dictio implicatiua.

¶ Tertiò facit *lex lecta. si cer. petatur*. vbi pactū fuit appositum, tàm in præiudicium & impedimentum primæ actionis, quàm etiā pro reo & cōtra actorē: sed hoc non obstāte inest: nec est bona respōsio, quæ colligitur ex dño Alex. qui ibi tenet, ꝙ pactum appositū sit pro actore, nā in quantū pro actore cōtinebat, nō inest: quia idē continebat stipulatio, & esset superfluū inesse, i. fingi, cū verè ꝑ stipulationē id fuisset expresū, & ideo necessariò dicendū est, ꝙ ꝓ reo inest: & qđ magis est, ꝙ in ꝑiudiciū primæ stipulationis cēset inesse. ¶ Fateor tñ, ꝙ iura allegata à Doctorib. q nostrā opinionē tenebant,

 ni-

nihil faciunt, *scilicet l. 1. §. accedit. & lex ex morte.* quia ibi non vestitur pactum ex contractu, vt censeatur inesse, vt credunt doctores: sed ex eo, quod ex promissione resultat causa ad ipsum pactum, prout ex ipsa datione, *vt patet l. ex morte. in fine.* ¶ Respondeo ad fundamenta Bar. & considero, quod nec ista cohærentia sit ad actionem, nec ad rem deductam in contractu, sed ad formam & efficaciam ipsius contractus: Ita colliges ex mente Iureconsulti *l. lecta. versi. dicebam.* & ibidem Bartol. fatetur *in vlti. col.* vbi suum arg. resoluit, dicens, quod non sit consideratio ad ipsam actionem, sed ad contractum: & ideo in pacto potest deduci res certa, etiamsi actio sit incerti. Cum ergo ad formam & efficaciam censetur inesse ex æquitate quam superius enodaui, eadem, imò maior æquitas suadet, vt pactum pro reo vestiatur illa forma. Facit ratio tex. *in c. de mutuis peti. & in c. dispendia. de resc. li. 6.* & ob hoc dicitur illud pactum esse vestitum *in dicta l. lecta,* etiamsi sit pro reo: nec hoc est nouum, quia contractus, qui communiter in fauorem vnius pariunt actionem, recipiunt conuentiones & legem in fauorem alterius. vt est videre in contractu commodati, depositi. Imò videmus, quod contractus bonæfidei recipiunt conditionem sui resolutiuam, *vt in l. ex empto. §. si quis vina.* ¶ Non obstat *lex si tibi. C. lo-*

Obiectio.

cati. quia ibi ea ratione pactum non vestitur ex eo contractu, vel ex ipsa traditione, quia non fuit factũ ab eo, cui fuit res tradita, sed ab alio:

& istæ

Digitized by Google

& iste est verus intellectus, quem ibi tenet glo. & Barto.ipse & Bal. Sūma est ergo ratio, quare non vestiatur, scilicet quia cum tertio sit pactum: facit quod in superiori limitatione diximus de fideiussione. ¶ Item hoc probatur ratione: constat enim, quod ex traditione vestitur pactum etiam pro dante, & cōtra eum cui datur, *vt l.legem. C.de pactis.* sed ibi non vestitur: ratio, quia non fuit factum pactum cum eo, cui datum fuit, sed cum tertio: vnde pactū remanet nudum. ¶ Non obstat *lex fundi partem:* nam fateor, quod debeat conuenire contractui, id est, quod in illo contractu deduci possit, aliàs esset materia repugnans ad assumendum essentiam & efficaciam ipsius contractus. Itaque si x. tibi per stipulationem promitto, tu pacto apposito ire Romam promisisti, certè pactum vestitur: quia vt eas Romā, potest conueniri per stipulationem. Vnum tamen obstat, quia inest pactum stipulationi eidem, sed secundùm hoc duæ sunt stipulationes, quia tot sunt stipulationes, quot sunt res, quæ in ipsis deducuntur, *l.scire debemus, infra de verborum obl.* cui arg. Paul. de Castro & do. Raph. & Alex. cedunt *in l.petens.* dicentes, quod non est possibile, vt vna actio competat ad duo. ¶ Potest 44
tamen responderi, prout respondebat do. Ias. in alio propo. *in l.lecta.11.col.& idem in 18.col.in princip.* quod id, quod dicitur, quòd duę res duas cōstituunt stipulationes, habet verum, nisi vna sit minor alia, & quasi de appendicijs alterius:

& ideo ipſe notat, quod ſi pactum apponatur de eundo Romã, ſtipulationi quantitatis, competet ad vtrumque certi condictio: dummodo id pactum ſit minoris, quàm ſit ſtipulatio. per ea quæ docet Barto. *in l. ſcire debemus. in princ. ſup. all.* vbi videtur dicere Bar. & glo. quod regula illa habet verum, quando diuerſæ res interueniunt in ſtipulatione æquè principaliter: ſecus ſi vna ſit de appendicijs alterius. ¶ Certè etiamſi hæc ſolutio ſit ſpecioſa in fronte, nõ credo eam veram eſſe: quia ſi ego tibi promitto x. per ſtipulationem, & ſtatim pacto promitto ire Romam: prout do. Iaſ. loquitur: hîc nihil ſequitur ab alio, nec habet appendentiam: Imò ſunt diuerſæ res, & diuerſæ qualitatis. Nec obſtat quod minoris ſit vna, quia hoc nihil facit etiam in rebus eiuſdem qualitatis, *vt patet in eadem l. ſcire debemus. & ibi gloſſ.* Vbi dicitur, quod ſi ſtipulor x. & v. duæ ſunt ſtipulationes: quia diuerſi ſunt numeri: ergo nec id obſtat, quod vna res ſit alia multo minor: dummodo ſit diuerſa. Bart. tamen, quem Iaſon allegat, aliter & in alio caſu loquitur: & de eo quod dicit, ipſe dubitat, quia aliter & melius intelligi poteſt.

¶ Idcirco alio modo hæc difficultas reſolui poſſet, & conſidera quod pactum ineſſe ſtipulationi, ea cauſa fit, vt pactum ſortiatur formã ſtipulationis, ex qua reſultet efficacia pacti. Itẽ ea eſt huius ratio, quia cum pactum in continenti ponatur poſt obligationem efficacem, etiam decet ea æquè obſeruari, quæ in pacto dedu-

Digitized by Google

deducuntur, cum ergo in pacto deducitur aliud, etiamsi id aliam constituat stipulationẽ: tamen vestietur forma stipulationis, quia ad formam fit vestimentum, & quia eadem æquitas est vt formæ insit. Quinimo, cum pactum insit contra primam stipulationem, *vt leg. lecta.* quanto magis inerit quãdo diuersum aliquid in pacto constituitur, & hoc est de mente Bar. *in l. lecta. in fine.* etiamsi cum in principali proposito non teneamus. Cogita in his.

45 ¶ Septima est limitatio, quando in pacto deducitur idem quod in ipsa stipulatione: ratio potest esse, quia nec verè potest bis idem stipulari, *vt l. qui bis idem. infra, de verb. obl.* ergo nõ debet fingi, quod verum esse non potest, *vt instit. de adop. §. adoptio. l. si filius. infra, si cer. pet.* Hoc concludit Bart. *in l. lecta. 2. col. ver.* Sed contra facit *l. pacto quo pœnam. C. de pactis.*

¶ Hanc limitationem declara quod vera sit, nisi idem alio modo, vel diuersa qualitate in pactum deduceretur, *vt probatur in d. l. lecta.* vbi idem deductum fuit in pactum quod in stipulationem, alia tamen qualitate adiecta, scilicet vt alio modo & tempore solueretur, & ita est de mente Barto. ibidem. ¶ Octaua sit limitatio, quod si pactum nudum ponatur iuxta stipulationem vel contractũ conditionalẽ, non informatur actio: quia nõ reperit actionẽ informandam, cum nulla sit, non existente conditione, ideo nec pactũ vestitur secundũ Moder. hic qui allegãt Bart. *in l. petẽs. in fi. & in l. lecta.* 46

¶ Iste casus huius limitationis habet tres articulos. Primus est an tale pactum informet veterem actionem? & omnes indistinctè concludunt quod veterem non informet, cum eam non reperiat informandam, nam ea non est ante conditionem, *vt l. cedere diem. ff. de verb. sign.* quod autem non est in natura rerum, informari vel extendi non potest, *vt l. eius qui. infra si cer. pet.* Hæc est communis sententia in approbatione glossæ, *l. pacta conuenta. in medio glos. magnæ. infra de con. emp.* ¶ Hanc omnium sententiam ego non reprobo, sed ponam causam dubitandi: & primò considero, quod informare non est extendere, vt ipsi credunt, sed est producere actionem, vt ego ostendi in prin. huius repetitionis, ex quo videtur corruere eorũ

Non entis nullæ qualitates.

Cõmunis opinio.

47 fundamentum. ¶ Secundò considero, quod tale pactum inest, quia inesse nihil est nisi vestiri forma, *vt l. lecta. versi. dicebam.* & ibi Bart. *in penul. col.* sed forma stipulationis adest etiam in stipulatione conditionali, ergo conditio non impedit, quin insit: si ergo inest, probatur producere actionem; quia inesse nihil est, nisi stipulatum censeri eo modo quo pactum est: sed pactum est purè, ergo pactum statim producet actionem. At si quis dixerit, quod principalis contractus est conditionalis, ergo inest conditionaliter: negatur consequentia: quia pactum diuersæ qualitatis potest inesse stipulationi, & censetur esse diuersa stipulatio, & diuersæ qualitatis, vt declarat Bartolus, & cum

Digitized by Google

eum sequuntur communiter *in l. lecta in fine*, cum loquitur de pacto incerto adiecto certæ stipulationi, vt supra vidimus. Sed si quisque replicaret, quod ad essentiam primæ obligationis necesse est aduentus conditionis, fateor: tamen non est verum quod conditio sit de essentia ipsius obligationis: nec si verũ esset, vere videtur concludi: quia inesse non censetur ad obligationẽ, sed illam verborum solennitatem, quæ quidem solennitas negari nõ potest, etiã in stipulatione cõditionali. In his tamen cogita, quia nihil asseueranter affirmo, nam si ab effectu princip. contractus causaretur inesse, vt sonat ęquitas, ex qua pacta inesse cẽsentur, tunc corruerẽt hæ considerationes, quæ habent locum in stipulatione, in qua ad solemnitatem censentur inesse: Secus tamen foret in emptione & similibus, quia censentur esse pars ipsius emptionis, *vt l. fundi partem.* cogita.

Cõmunis opinio.

¶ Secundus articulus est, an tale pactum vestiatur ad producendam præs. ver. actionẽ & ex glo. l. petens. & ex Bart. ibi. & in l. lecta. & communiter ab omnibus concluditur, quod adueniente conditione vestitur & producit actionem: ratio, quia adueniente conditione retro ipsa trahitur, vnde censetur actionem ab ipso pacto ab initio natam, *vt l. potior. & lege qui balneum. infra qui poti. in pig. ha.* Nota tamen, quod superiora argu. maiorem videntur habere rationem in producenda actione præs. 48

Cõmunis conclusio.

BIBLIOTECA NAZ. VITTORIO EMANUELE ROMA

ver. quam in producenda ex stipulatu. ¶ Sed omnino ego credo, quod nec adueniente conditione oriatur actio præscriptis verbis: quia si adueniente conditione, fingitur retro inesse, certum est quod ex contractu nominato non oritur præs. ver. actio: itaq; ea ratione, qua inest, nunquam talis actio producetur, vt in prima huius l. declaratione demonstraui.

49 ¶ Tertius articulus est, an ex tali contractu cõditionali vestiatur pactum tanquam ex rei interuentu, & Bart. dicit, quod oritur actio præs. ver. etiã si conditio deficiat: quia resultat quidem contractus innominatus: vendidi enim sub conditione, vt tu vadas pro me Romam, dedi ergo hanc spem conditionalẽ, vt tu ires, ideò illud pactum rei interuentu censetur esse vestitum: casus est secundùm Bar. *in l. si in venditione, infra de peri. & com. rei ven.* Paulus de Castro magna admiratione concitatus, inquit Bartolum tantùm speculatione conuolasse, vt non consideraret quæ diceret, sed talis speculatio non magna, sed orbati hominis mihi videretur. dicit idcirco Paul. quod illa l. si in vẽditione non loquitur quando defecit conditio: imò tunc non haberet locum, quod ibi dicitur, sed loquitur quando conditio extitit, & negat Paulus, quod ibi habita relatione pacti ad contractum, resultet contractus innominatus, quia pactum non tendit ad producendã actio. quod esset necessariũ vt contractus sit innominatus: Tendit ergo ibi pactum ad cõseruan-

Digitized by Google

seruandam actionē iam pductam, quæ quidē producta est conditionaliter, si conditio extiterit, vt inquit Pau. de Cast. quem Moderni sequuntur ¶ Ego in his id video, q primū Bart. speculatio habet bonum fundamentum, quia in casu, quo ego vendidi rem pro 10. conditionaliter pacto apposito, vt tu ires p me Romā, & istud pactū fuit purum: certè tale pactū statim dicetur vestiri, quia purū est, & habet causam, s. ipsum contractum. Nec obstat q contractus sit conditionalis, ex quo videtur, q ante conditionis euentum pactum non habeat causam. Imò dicendum est quod habet, quia causa nō est solùm implementū conditionis, sed etiam contract. conditionalis dat causam pacto. Nec obstat arg. ideo. n. tibi vendidi minori precio, vt ires, *vt l. fundi partē*, ergo habetur in partem precij : idcirco non potest agi, nisi post cōdi. quia etsi fateamur q nō pōt agi actione ex empto. *vt l. fundi partem*, diffitemur tamen, quod nō oriatur actio præs. verb. quia pactum habet causam. quia conditionaliter vendidi, & non necessario: Vnde ipsa conuētio habet pactum purum, & vestietur contractu conditionali. & hoc est, quod sentit Bart. quod periculum istius vēditionis vestit ipsam conuentionem. ¶ Secundum est quod negat Paulus de Castro *in lege si in venditione*, aliquem esse contractū innominatū, & certè malè fuit in hoc speculatus: quia ibi est pactū *vt tex. dicit*, ergo est cōtract. inominat⁹, cū nomē nō habeat, *vt in l. nost. in prin. & not. in l. 1. de obl. & act.* sed

Paulus de Castro loquitur de contractu innominato respectiuo, & de illis quatuor positis *in l. naturalis. infra de præs. ver.* nos tamen de hoc nihil curamus, sed an pactum habeat causam, quia in hoc fundantur iureconsulti. reperimus enim habere causam, ergo habebit actionem, *vt l. nostra. §. sed etsi.* Bene est verum, quod omnis causa ad pactum facit resultare vnum de illis contractibus, sed quærendum est an sit de illis, quia ex hoc arguitur causa, non autem an pactum habeat causam, vt resultet contractus innominatus. ¶ Tertium est notandum, quod Pau. de Cast. dicit *in l. si in venditione*, pactũ non tendere ad actionem producendam, sed ed confirmandam, quia actio ab initio oritur ex contractu, conditionaliter tamen, vt ex ea possit agi adueniente conditione.

¶ Certè videtur Pau. sibi non constare: aut enim tenemus, quod actio ex empto in illo casu sit ante conditionẽ nata, vt ipse tenet, de quo ego dubito, & tunc pactum producit & facit producere actionem, quia inest contractui: & in quantum inest, necessariũ est quod producat, quia non distinguitur ab ipsa emptione, vt latè dixi in prima declaratione. Itẽ facit producere, quia nisi pactum inesset, ante conditionis euentum, non possit oriri actio: aut tenemus quòd post conditionis euentum agitur, & tunc oritur actio ex toto contractu, & per consequens à parte: imò ea causa agitur re perempta, quia sic actum est.

¶ Item

¶ Item in quantum Paulus no. quod non potest resultare contractus innominatus, nisi causa finalis ipsius empt. sit pactum. ego dubito, an rectè sentiat: quia cum pactum sit cõtractus innominatus, qui nihil aliud est quàm pactum non habens specialius nomen: ideo necessariò dicendum est esse contractum innominatum: antecedens probatur *ex l. nostra in princ.* tunc ergo cognito quod est pactum, quærimus an ex cõtractu resultet causa ad pactum, *vt in l. nostra. §. sed etsi. & in l. solent. & in l. si dominus, infra, de præscrip. verb.* non autem quæritur, an pactum sit causa finalis, vt Paulus recenset: quia etiamsi non sit finalis, pactũ potest vestiri causa, *vt patet l. auia. C. de iure do. & in l. 1. §. accedit. C. de rei vxo. ac.* ibi enim pactum est in casu quodam accidentali, & causa finalis dotis promissionis non est illa. Item hoc probatur *in l. 2. C. de pactis, inter empt. & vend. melius per legem. ea conditione. C. de res. ven.* vbi pactum non erat causa finalis: probatur, quia non habet locum condictio ob causam, quam probationem præsupponit ipse Paulus, & tamen videmus, quod ibi datur actio præs. verb. ex pacto, *vt patet in gl. in verbo experiri, per iura ibi allegata.* ergo falsa Pauli conclusio. Item Pauli intentio videtur contra omnes doctores, qui tenent quod *in l. fundi partem, & in l. tenetur. & in l. si sterilis. §. si tibi.* ex pacto oriatur actio præsc. ver. tamen ibi pactum est pars precij, & precium erat principalius, & videmus quod oritur

ea ra-

ea ratione, quia pactum habet causam. Fateor tamen, quod in quantum pactum censetur esse precij pars, & pars contractus, non censetur esse pactũ cum causa, vt dicamus cõtractum esse innominatum:& tunc verum est, quod nec est cõtractus, nec oritur actio præs. ver. sed in quãtum verè & realiter pactum est, conditio vel lex contractui data, ex illo contractu resultat causa ad legem vel conditionẽ, & ideò oritur actio præs. ver. vt patet in omnibus casibus, in quibus ex pacto in continenti apposito oritur actio præs. ver. de quibus sup. in prin. huius repe.
51 ¶ An autem lex si in venditione probet, quod ante aduentum conditionis oriatur actio præs. ver. quæ quidem remaneat efficax, etiam deficiente conditione: certè non ꝓbat ineuitabiliter, & ad vtramque partem possunt fieri stricta argumenta. Si enim consideramus, quod periculum non pẽdet à cõditione, vt pactum sonat, ergo à tempore pacti emptori perit. Quod autem venditio sit conditionalis, nihil facit, quia pactum negat vim conditionis: nam si ego paciscor, vt pendente cõditione periculum ad me pertineat, certè tale periculum non pendet à cõditione secundùm pactum: Imò statim volo rem esse in eo periculo ac si esset empta purè: ergo ea perempta indifferenter teneor. Sed si dicatur, etiam si pactum non pendeat à conditione, pendet ab ipsa emptione. Respondeo, quod nec ab emptione, quia nõ pendet: nam

nam emptio si est conditionalis, pendet, & non est adhuc, quia actus naturalis ante conditionis euentum non est, *vt in c. primo de sponsa. libro sexto.* Ergo cum pactum sit purum & non in pendenti, non potest pendere ab ipsa emptione. Præterea stricto sermone cōuentionis, si pendente conditione res pereat, statim committitur pactum, ergo statim debetur precium. Quid ergo potest facere defectus conditionis? certè nihil: nec iure probatur resolutio primæ actionis, quæ vera est: quia verum est pendente conditione rem esse peremptam: & pactum erat vestitum periculo conditionis, quia venditor conditionaliter se obligauit, *argument. legis si iactum retis, infra de action. empti.* Ex his rationibus defendi potest Bartolus sua speculatione rectè sensisse, etiamsi Moderni cum ipso Paulo eum puniant. Pro quibus stat argumen. quia hoc pactum periculi, est pars contractus, & pro parte sumitur precij, sed precium nō potest deberi nisi aduenerit conditio, quia ante conditionē non est venditio: ergo nec ex pacto debebitur. Sed huic argumento videtur responderi posse: quia fateor quod est pars precij, & ideò committitur pactum re perempta ante conditionem, nec obstat conditio, quia re perempta, non pendet emptio ab ipsa conditione, sed ex pacto fuit in hoc verificata, vt deberetur precium: & hoc videtur multo esse verius. Quia posito quod

quod conditio euenerit iam re perempta, ipsa emptio non posset incipere ab ea secundùm suam naturam, quia res non est in rerum natura, ex qua ipsa emptio incipiat, *l. eum qui ita. §. si hominem, infra de verb. oblig.* pactum ergo facit incipere ipsam emptionem, scilicet quando pactum verificatur: Vnde ex pacto debebitur, quia hoc fuit periculi conditionalis precium, vt re perempta ante conditionem emptori perimeretur, *arg. l. periculi precium. infra de nau. fœno.* ¶ Aliud arg. ponit ipse Riminaldus *in l. petens*, quod conuentiones iuxta contractum subditæ, sortiuntur eius naturam, *l. ita stipulatus. infra de vsu.* & ita debent interpretari, vt cõtractum minus lædant: ergo debet interpretari tale pactum, vt non lædat contractum cõditionalem, & eius naturam &c. Certè istud argu. à subtili Moderno, nullam habuit subtilitatem, quia pactum non interpretatur cõtra emptionem, sed pro ea, interpretatur, tamen contra conditionale pactum. Nam illa emptio ex conditione conuenta pendet, sed pactum periculi efficit, vt non pendeat in casu ipsius pacti. Itaque magis confirmat esse ipsius emptionis quam lædat eam: cum constet, quòd ipsam faciat valere eo casu, quo à conditione pendebat: At si dixerit, quòd hoc est contra naturam conditionalis emptionis. Fateor, quod sit contra naturam in quantũ cõditionalis: sed emptio fuit conditionalis ex pacto, & illud pactum alio pacto limitatur. Quo fit,

Digitized by Google

fit, vt emptio magis iuuetur quam eius naturæ detrahatur. ¶ Tertium arg. proponitur, quia ex intellectu Bar. plura sequuntur specialia, & inconuenientia. Primum, quod periculū spectaret ad emptorē pendente conditione, *contra l. necessario §. 1. de peri. & com. rei ven.* secundum, quod emptio non resoluitur, non stante conditione, item re perempta vbi aliàs vēditio solet resolui, valeat ipsa venditio contra eadem. l. necessario. §. 1. Cum ergo plura specialia nō sint danda vt *l. 1. C. de dotis promis.* dicebat Riminal. quod nec ista specialia dare debemus. omisso quod venditio non resoluitur ex defectu conditionis, nec re perempta ante conditionē, sed verius non incipit nec deducitur in esse: & omisso quod lex 1. C. de dotis promis. non probat aliquid de duobus specialibus: vltra hæc, negandum denique erit quod hic cōcurrant specialia plura. Primum non concurrit: nam non est speciale, quod pendente conditione periculum spectet ad emptorem: quia prout emptio ex conuentione potest subijci conditioni, ita illa cōditio potest limitari ipsa conuentione, *vt l. nostra. §. si igitur, & in l. ab emptione, infra eo.* imò id tam naturale est, quòd nihil naturalius dicitur, *vt l. nihil tam naturale. infra de reg. iur.* non ergo est speciale. Item non est speciale, quod conditione non existente vel re perempta, venditio valeat: quia in casu quo pactū committitur, cessat conditio & eius dependentia: Itaq; hoc est ex aliquo iure singu-

lari, quæ dum turpis non sit, semper in emptione erit seruanda, *vt l. 2. & Celsus §. 1. infra de action. empti.* eò præsertim, quod talis conuentio & naturæ conuenit emptionis, & eam cõseruat vel verius efficacem facit. Vnde non teneo sententiam Bal. & Riminal. qui Bal. referendo contra Paulum tenet, quod pactum in l. si in venditione, venit ad extinguendã venditionem conditionalem: nam non venit ad extinguendam venditionem, cum eam faciat efficacem eo casu, quo nihil valeret: sed limitat ipsam conditionem, & ideo Bal. magis sensate loquitur, quam Moder. quia dicit, quod est resolutiua conditionis, & nõ dicit emptionis. Intellige tamen, quod etiam conditionẽ in totum non resoluit, quia si res non pereat pendente conditione, conditio stat in vigore suo, & operatur suos naturales effectus. Per pactum tamen limitatur, quod re perempta, conditione pendente, etiam debebitur, non obstante conditione: in hoc ergò solo casu limitatur conditio. ¶ Hinc constat intellectus ad dictam l. si in venditione, quod cum pactum valeat, valebit vt cõuentio sonat, & sic poteris defendere Bar. ¶ Sed hoc præsupposito stat pulchra dubitatio, videmus enim quod re perempta periculo emptoris, emptor tenetur ad precium, *vt in d. l. necessario, & in lege illud. eo. tit.* Sed nonne in casu legis, si in venditione, tenebitur ad precium constitutũ in pecunia? an etiam tenebitur vltra id, quod in pecuni-

Digitized by Google

cuniã est cõstitutũ ad interesse ipsius periculi: quia videmusquod id est in partẽ precij, *vt l. fun di partẽ*, nũc non determino. ¶Vltima limit. est, 52
quã tradunt Ticinenses Moderni, ꝙ vt pactũ insit & informet actio. necesse est, ꝙ ille contract⁹ cui adijciẽ sit validus iure cõmuni, secus si iure speciali: nam tunc nõ habet locũ informatio, vt puta, in dona. alleg. glo. *in l. pacta conuenta. ante me. glo. ma. infra de contrahẽ. emp.* rationẽ subiungunt Moder. q. a iura singularia nõ sunt extẽdenda, *l. ius sing. & ꝙ cont. fu. de l.* Certè Mod. non perpẽso iudicio, limitarunt. Primò. n. sua limitatio sentit peccatum in cõem opinionẽ, & in ꝓpriã. Quia ea ratione credunt pactum non informare in ipsa donat. quia iure singulari talis contract. ꝓducit actio. tñ secundùm cõmunem opini. quã ipse confirmat *in l. legitima fu. eo.* pactum doña. non producit actio. nec lex si quis argen. facit ꝙ pactũ ꝓducat aut pariat actio. Imò ipsa lex producit ꝓpter pactũ, ergo malè sentiunt Moderni, quos reprobabis ex dictis Bart. *hic in 4. col. versic. de iure vero ciuili.* ¶Item talis limitatio videtur quod in hoc casu non habeat locum, quia pacta insunt cõtractibus, & actio quæ ex ipso contractu nascitur, dicitur competere ad pactum: hîc autem secundùm eos, nulla est nascentia: ergo nec inesse hac consideratione aliquid operatur. Hæc ergo esset melior ratio ad declarandum istum casum, retenta communi intelligentia *ad l. si quis argentum. §. fin.*

Singularia non sunt extendẽda.

Cõmunis opinio.

Rr 2 ¶Item

Digitized by Google

53 ¶ Item Moderni non iustè sentiunt, quia ego credo, quod pactũ iuxta donationem positum insit donationi, & producat actionem: quia siue donatio sit contractus nominatus, vt defendebam in l. legitima, siue non sit nominatus, eadem ratio est vt informet, quæ est in alijs contractibus. Aut enim pactum ponitur pro donatario, & pactum habet etiam donationem efficacem, imò est donatio, *vt in eadem lege, si quis argentum*: aut ponitur pro donatore, & summa est æquitas, quod ea actione quæ cõpetit ad donata, agi possit ad pactum. Nec obstat ratio iuris singularis, quia do. Iason peccat contra legem bona fides. infra depositi. & cõtra Paulum de Cast. ibi, qui dicit plures in similibus casibus decipi. dicam in vltima parte huius repetitionis. Nec obstat glossa *in l. pacta conuenta.* quæ aliter loquitur. Ex his credo hãc vltimam limitationem saltem in exemplo nõ esse veram.

Obiectio.

54 ¶ Ex ordine superiorum habemus expeditam glo. 1. in prima parte, & totam secundã. Restat nunc videre quæstionem quam ponit glossa in secũda parte, an actio ex empto, quæ competit ad deducta in pactum, propter vestimentum contractus sit bonæ fidei: & glossa in ea est sententia, quod est stricti iuris, cum detur in locũ actionis præs. ver. & in ista quæstione longæ sunt ambages, vt vides per Modernos. ¶ Sed mihi superuacanea est. nam si actio præs. ver. oritur, non est ea ratione qua oritur

oritur actio ex eo contractu: vna enim oritur, quia inest *vt l. nostra*: alia nō, quia inest, sed quia forsan resultat causa ad ipsum pactum: vnde nō succedit loco alterius, imò ex diuerso fonte. Non ergo vnius natura ob aliam impeditur, quod bene fatetur Bar. *in 3. col. ante me.* & si hic aliter sentiat. ¶ In tertia parte glossæ magnę ponuntur vestimenta pactorum, & in hac 55
materia principaliter duæ sunt opiniones. Vna est, quod sex modis vestiatur pactum vt Azo dicebat, cui postea fuerunt additi duo modi, & possunt addi plures. fuit opinio, quod solo rei interuentu vestiatur pactum, & hæc fuit Petri & Iac. de Ra. quarum quælibet habet suas rationes. Sed Azonis est communis conclusio, contra quam ita arguit. illud dicitur vestitum quod nudum fuit, & ad quod fuit superinductum vestimentum. Sed in illis sex casibus non potest dici superinductum, ergo illis modis non dicitur vestiri. Maior de se patet: minorem probo: certum est, quòd contractus qui solo consensu contrahuntur, ab initio nascuntur validi & efficaces, nec aliquo tēpore dicuntur nudi vt vestiri dicantur: probatur, quia solo consensu perficiuntur, *vt insti. eo. in prin. & in l. consensu. de oblig. & actio.* ergo cum sunt pacta, sunt perfecta, quia pactū est duorum consensus. vnde probatur nunquam fore nuda. Item in contractibus qui re contrahuntur, ab ipsa conuentione quæ re fit, nascitur actio: nec ante est conuentio vel contra-

Cōmunis opinio.

ctus re, quam res interueniat *.le. obligamur, de acti. & ob. notat. in l. si tibi, infra eo.* vnde cũ est cõtractus, est validus & nunquam nudus. Et isto modo hoc intelligas, non vt Io. Faber. *Insti. qui. mo. re contrahat. in prin.* qui negat ex pacto oriri actionem in contractibus qui contrahuntur, sed ex ipsa re: nam ex re non nascitur actio, sed ex pacto quod re fit, *vt l. 1. §. adeo. su. eo. & in l. obligamur.* nec re contrahitur, nisi pactum re ipsa interueniat, & ita non obstat argu. ex quo ipse fallitur. ¶ Idem dicendum est in verborum vel literarum obligatione, & idem in vestimento cohęrentia cõtractus. Nam eo ipso, quod pactum est, censetur inesse: *vt in §. nostro.* non ergo dicetur vestiri. Sed solum rei interuentu dicitur proprium vestimentum: quia cum ipsa cõuentio sit de se nuda. conueni enim de faciendo, vt facias, hoc pactũ nudum est, sed postea ex facto alterius vestitur, & in hoc consideratur vestimentum pactorum, vt considerat lex nostra *in §. sed & si in alium.* ¶ Sed cõmunis opi. habet, vel videtur habere firmiorem rationẽ: Nam omnis conuentio aut est nuda, aut vestita, *vt l. 1. in fi. supra eo.* ergo omnis conuẽtio, quæ non est nuda, erit vestita: cognitis enim nudis, cognoscemus vestitas, *vt insti. de iure pers. in prin.*

Conuẽtio nuda quæ. Nudę sunt quæ in nudo nomine conuentionis, & in finibus eius permanent: ergo contractus qui non stant in nudis finibus vel nomine conuentionis, dicuntur vestiti, quia non sunt nudi, & ideo dicebat Azo quod sex modis

dis dicitur vestiri, de quibus modis inferius latius. ¶Vt ergo vtriusq; opinionis fundamen- 56
ta cognoscamus: considerandum est, quod conuentio, prout est genus, potest habere duas species, in quibus verificatur. Aliæ enim sunt conuentiones nudæ, aliæ vestitæ. Probatur *in l. iurisgentium in prin. & in l. 1. in fin. supra eod.* vnde isto modo dicuntur conuentiones vestiri, etiam si ab initio nascantur vestitæ: quia respectu generis nudæ nascuntur, cum alia qualitate, & genus conuentionis vestitur specie ipsius contractus, qua dicitur vestitum: nunc intelliges text. *in l. iurisgentium. in princ. ibi.* quæ pariunt actiones in suo nomine non constãt, sed transeunt in proprium nomen contractus. Transit ergo genus in suam speciem, & ex vestimẽto specifico dicitur vestitum. Idem probatur *in lege prima, in fine.* Sed conuentionum plerę que in aliud nomen transeunt, &c. Et ideo subiungitur *in Paragrapho sed & si.* quod non solum isto modo pactum sit vestitum, sed etiam de se nudum potest vestiri: causa quam doctores appellant rei interuentum. Itaque vtroque modo vestitur. In quo considera, vt dixi, conuentionem in genere, quæ in ipsa specie vestitur. Sed pacta nuda non recipiunt aliquod vestimentum vltra genus suum, sed stant in nuditate conuentionis, & ideo dicuntur nuda: quia nullam specificam recipiunt formam: & hic est sensus communis opinionis.

Cõmunis opinio.

¶ Petrus tamen & Iaco. considerabant cõuentiones in specie sua, nam emptio nunquã dicitur nuda: ab initio enim nascitur valida & efficax, nec vnquã vestitur. Sed dic quod verũ est, quod ea conuentio indiuidua vel specifica non censetur vestita, sed genus conuentionis vestitur tali specie efficaci, ex quo dicuntur in propriã & efficacem speciem transiuisse, *vt in l. nostra in princ.* & hoc est quod dicitur conuentionem vestiri.

Homo ratione vestitur.

¶ Nec obstat arg. in quo præsupponitur, vt aliquid dicatur vestitum, necesse esse id fuisse nudum. Nam vestitum non dicitur eo respectu, quo illud idem fuisset nudum: sed respectu aliorum pactorum, quæ restant in sui generis fine & nuditate. Exempli gratia: Deus creauit genus animalium, sed hominem ratione & sua imagine vestiuit, certè homo non nascitur vestitus respectu sui, quia nunquam fuit ab ipsa ratione nudus, sed respectu aliorũ in quibus non formatur ipsa ratio, quam pro vestimento capimus,

¶ Sed quisq; cõtra hæc rectè dubitaret: q a si pacta nuda sunt ea, quæ resident in genere suo: sequitur pactorum duas non esse species, nec genus constitui ad tales species, quia vt patet in arbore Porphyrij, necesse est, vt species sub eodem genere constituantur, & differant æqualiter. Respondeo, quod pacta nuda etiam sunt sub genere pactorum: Sed ideo dicuntur in finibus sui generis consistere, quia ius

ius ea non nouit, nec specialiter confirmauit. Resident enim sine nomine & inefficaces, vt sunt plura animalia, quorum non habemus commercium, nec cognitionem specificam: ea tamen sui generis nomine animalia appellamus: eadem ergo ratione Iureconsulti pacta appellarunt, sui generis tantum assumẽdo nomen: Doctores tamen legum per contrarium pacta vestita appellarunt, respectu pactorum nudorum. ¶ Sed animaduertendum est, quod secundùm glossam multiplex est vestimẽtum. Vestitur enim re, verbis, literis, & consensu. Sed contra † literatum vestimentum opponitur. 57 Nam glossa fatetur, quod post biennium vestitur, ergo ab initio erat nudum: & sic videmus, quod tempus sit modus obligationis introducendæ, contra rationem *l. obligationum fere. §. placet. de oblig. & act.* & pro glossa bene facit *instit. de literarum oblig. in princ. ibi.* Sed hodie fit, vt dum quæri non potest, scriptura obligetur, & ita glossam Moderni intelligũt, vnde secundùm eos sequitur, vt magis tempore quàm literis obligetur, & sic contra intentum glossæ.

Obiectio.

Tempus sit ne modus introducendæ obligationis.

¶ Certè ista consequẽtia non est bona, quia etiamsi post biennium oriatur, non sequitur quod tempus sit vestimentum: sed post tempus literis vestitur conuentio: vnde literarum obligatio appellatur, & dicitur literis contrahi. Nec ob. quod ab initio non sit nata obligatio, & tamen literis contrahitur, quia respondeo, quod post tempus literis vestitur ipsa conuentio:

uentio, nec verum eſt, quod tempus veſtiat vel obligationem introducat. Vnde non eſt bona conſequentia quam Bar. faciebat, quem vide, quia aliter intelligit gloſſam, ſcilicet quod ab initio literis veſtiatur, & quod ab initio oriatur ciuilis obligatio & actio, etiamſi obſtet exceptio: ſed poſt biennium actio efficitur efficax, & ſecũdùm eum hoc voluit dicere gloſſa. Sed hãc opinionem ego habeo dubitabilem, vt videbis in *l. ſi vnus. §. pactus.* Veritas ergo eſt, ꝙ literis ipſis conuentio veſtitur: quia ſiue ab initio, ſiue poſtea literæ ſunt, quæ conuentionem faciunt efficacẽ. Vnde colliges quod non rectè dixit Ioannes Faber, *Inſtit. quib. modis re con. ob. in princ. poſt medium prima col.* obligationem literarum à literis naſci, non à conuẽtione, quia etiamſi literis conueniatur, à conuentione naſcitur actio, *probatur in l. 1. §. adeo. ſup. eod.* & patet; quia ipſa conuentio veſtitur literis, & ex conuentione veſtita agitur, ſecundùm gloſſ. noſtram: & in hoc concordat ratio, *l. non figura. inf.*
58 *de oblig. & act.* ¶ Aliud eſt veſtimentum conſenſus. Sed oppono cum Bar. omne pactum habet cõſenſum, *vt l. 1. in definitione. ſup. eod.* ergo omne
Obiectio. pactum eſt veſtitum, reſpondet Bar. ex mente gloſſæ, quod pacta ex conſenſu non veſtiũtur, niſi in certis caſibus, qui enumerantur *inſtit. de oblig. quæ ex conſenſu.* aliàs leuis & tenuis veſtis eſt ſolus conſenſus: ſed illi, quia ſunt fauorabiliores & pingues, ideo leui veſte veſtiuntur. Exẽpli cauſa, vni iuueni calido & pingui ſufficit

quæ-

quædam tenuis vestis, sed alteri debili & macilentō non sufficeret: sic in proposito. Ita Bart. certè ista verba exquisita sunt, non tamẽ habent veram rationem: quia non ex fauore vel pinguedine præcipua, ipsa emptio vel locatio consensu solo constituitur: nam idem fauor deberet esse in deposito & commodato, vt ex solo consensu constitueretur efficax. Quia sicut est emptio bonæ fidei, ita depositum & commodatum, *vt §. actionum. instit. de action.* & sicut emptio est iurisgentium, ita depositum & commodatum, *vt l. nostra.* at si fauorem attendimus, dotis promissio est fauorabilis, gratia omnium gentium & rei publicæ, *vt l. 1. solut. matrim.* tamen videmus, quod iure regulari dotis promissio, nisi stipulatione fiat, non est efficax, *vt l. ad exactionem. Cod. de dot. prom.* Vera ergo ratio erit, quam sumes à mente Iureconsulti, *in l. iurisgentium. in princip.* quia prout in contractibus, qui re cõtrahuntur, re ipsa contrahitur, & contractus assumit essentiam & nomen specificum: ita in contractibus qui consensu contrahuntur, solus consensus efficit, & in esse deducit specificum & specialem iurisgentium contractum. Nam eo ipso, quod consentimus de danda re pro precio, est emptio & venditio, prout commodando rem ipsam, dicitur commodatum. Vnde cum iurisgentium speciales contractus ius ciuile approbauerit: approbantur per consequens contractus qui consensu

ſenſu contrahuntur: & ita in iſta l. iuriſgentiũ pariformiter ponuntur contractus qui re & conſenſu contrahuntur: quia eadem ratione dicuntur veſtiti, *vt vides in prin. legis.* quod Bart. fatetur, cum paulò poſt loquitur de veſtimentis iuriſgentium. Iſta tamen ratio non eſt in omnibus pactis, ideo omnis conſenſus non erit
59 veſtitus, & ſic ceſſat argu. ¶ In his opportunè quæritur, an iſta veſtimẽta ſint de iure gen. vel ciuili. Bar. dicit, ꝙ aliqua ſunt de gentium iure, alia de iure ciuili. De iure gentiũ ſunt, in cõtractibus qui re vel conſenſu cõtrahuntur, *vt l. noſtra. in prin.* ideo dicuntur veſtiri, quia à iure gẽtium ſibi nomen eſt inditum: item eſt de iure gentium veſtimentum cauſæ, quod eſt interuentus rei, *vt l. noſtra. §. ſed etſi.* Tertium eſt vèſtimentum cohærentiæ contractus, *vt in §. noſtro.* cætera veſtimenta ſunt de iure ciuili. Paul. de Caſt. diſſentit à Bar. in hoc vltimo, dicẽs, quod non credit hac ſubtilitate cohærentiæ contractus, cæteras gentes vti. Vnde iſtud veſtimentũ cohærentiæ erit iuris ciuilis, & non gentium.

¶ Ego verò conſidero, quod omnia veſtimenta pactorum ius ciuile conſiderauit, quod ratione ſua probatur: qua talia veſtimẽta ſunt inuenta, vt pacta reddantur efficacia. *Conſtat ex noſtra l. iuriſgen. in prin. & in §. ſed & ſi. & in §. ſed*
60 *cum nulla. & in noſtro §. quinimò.* ¶ Sed ego tibi ꝓbo quod iure gentium nulla eſt differentia, an pactum ſit nudũ vel veſtitum. Quia omne pactum eo iure obſeruatur, *vt probatur l. 1. in princ.*

ſup.

sup.eod. Æquitate enim naturali, qua introducitur obligatio iurisgen. *vt l.cum amplius. §. is natura, de reg. iur.* nulla est differentia inter pactũ permutationis & emptionis, vt constat in eadem l.1.in princ.vbi pacta eadem æquitate obseruantur, siue nuda sint, siue vestita. Probatur etiam, *l.Stichum.§.naturales.inf.de solut.* Patet ergo, quod eo iure nulla fuit de vestimẽtis cõsideratio. Nec ego credere possum, quod inter Arabes & Indos Scythasue habeant locũ talia vestimenta, quę constituuntur ad faciẽdam differentiam executionis pactorum. Sed si dixeris, quis mihi hoc reuelauerit? ipsa quippe ratio, quæ cõmunis est apud oẽs gentes, ex qua cognoscimus ius gentium. *vt in §.quod verò.instit. de iure nat.gent.& ciuil.* nam vera iustitia, & naturali ratione omnia pacta cogimur seruare: qd satis ostendit ius canonicum: & fateri videntur Doctores, cum fateantur, quod non obseruare pacta sit peccatum. de quo satis dixi *in l.nostra.in prin.eius.* Dicet quisque, quod maior instat ratio in pactis vestitis, quàm in nudis: quia si iam dedi vt dares, conuenientius est vt des, quàm si solùm conuenimus de dando. fateor quod maior sit ratio, tamen non quærimus, an maior sit ratio, sed an sit sufficiens ratio ad obseruandum pacta de iure gent. Et non possumus negare sufficientem esse. Constat ergo, q̃ ad obseruantiam pactorum de iurisgentium, non curatur de vestimentis.

¶ Nec obstat id quod dicit hîc Paul.de Cast. Obiectio.
& pas-

& passim in ore omnium est, quod ex pactis nudis gentium iure non ministrabatur iustitia: nam hoc nunquam probabitur. Nec id obstat, quod etiam iure ciuili omnia pacta obseruari præcipiuntur, *vt patet infra, ead. l. §. Prætor. & l. penul. C. eod.* sed iure ciuili fit differentia inter vestita & nuda, ergo & de gentium iure. Respondeo, quod aliter iure ciuili præcipiuntur pacta obseruari quàm iure gent. vt videbis *in §. Prætor. vbi ostendam.* Apparet ergo, quod ius ciuile considerauit vestimenta, quia distinxit nuda à vestitis: cũ maximè vestita dicantur à Doctoribus, quia aliqua nuda ius ciuile appellauit. A nudis enim sumptum est nomen vestimenti, & est nomen magistrale. Fatendum tamen, quod ius ciuile assumpsit aliqua vestimẽta à iure gẽtium, vt puta nomina contractuũ, ex quibus habuit contractus esse vestitos, vt possint producere actionem & obligationem. Quia cum ius ciuile approbauerit tales cõtractus, ex his oritur actio ciuilis. Vestimentum enim bene potest sumi à iure gent. ad hunc effectum, vt producat actionem: non tamen ex hoc constat, quod tale vestimentum consideraretur pro vestimento iure gentium, maximè ad hunc effectum, vt contractus sit efficax.

Vestimentum in pactis nomẽ magistrale.

61 ¶ Vltra sex vestimenta principalia ponitur hic aliud, scilicet cum pactum vestitur iureiurando, *vt l. vt iuris iurandi, infra, de op. liber.* & hoc vestimentum approbatur à Bart. qui dicit verum esse in casu singulari illius legis, scilicet

cum

Digitized by Google

cum libertus iurat operas præstare patrono. Idem tenet glossa, *instit. quib. mod. re con. ob. in princip.* quæ approbatur communiter.

¶ Sed ego arguo contra tale vestimentum. certum est quod istud vestimentum loquitur de iuramento introductorio obligationis. patet, quia illa lex de eo loquitur in illo casu singulari, & ita omnes præsupponunt *in l. si quis pro eo. de fideiuss. in princip.* sed tale iuramentum non præsupponit pactum, imò negat, quia aliàs si cum pacto poneretur, esset confirmatorium, & accederet fideiussor, *vt l. 1. de fideiuss. inf.* quod tamen est falsum, *vt in eadem l. si quis pro eo. de fide.* vbi dicitur, quod si quis pro eo qui libertus non est, & operas pręstaturũ iurauerit, fideiusserit, non tenetur. Vnde sequitur & notat Bar. *ibi in med. 2. colum.* quod tale iuramentum non habet vim pacti, nec habet locum cum pactũ pręcessit: quia tunc accederet fideiussor. Quomodo ergo est possibile, quod ibi iuramẽtum vestiat pactum, cum pactum necessariò negetur, vt Bar. ibidem cogitur negare. Certè si ita intelligimus, ꝑut Bar. & alij cõmuniter ibi intelligunt, dicendum esset, quod pactũ non vestiatur à iuramento obligationis introductorio, quia id iuramentum solùm fit Deo, nec habet conuentionem præcedentem, vnde secundùm intellectum Bar. hoc vestimẽtum, quod ipse & cæteri approbant, stare non potest. Ego verò teneo, quod iuramentum sit introductorium obligationis ciuilis & natu-

Cõmunis opinio.

Singulare.

ralis,

ralis, & valeat tam de iure canonico, quàm de iure ciuili, vt latè ostendam *in c. 1. de pactis*. Bart. *in d. l. si quis pro eo.* fatetur quod est introductorium obligationis naturalis, secundùm ius canonicum, negat tamen quod nascatur obligatio naturalis de iure ciuili, quasi obligatio naturalis quæ ex æquitate & ratione naturali fundatur, ex iure ciuili mutationem recipiat. Bone Deus! Si do. Bar. iam senex hæc sensisset, non vererer dicere eum delirasse. Sed misera mors & inuida quasi ætate iuuenili, ante quinquagesimum annum eum nobis abstulit. vide de his *in d. c. 1.* Quod si verum est, quod iuramentũ sit introductoriũ obligationis, sequitur quòd conuentio iurata est vestita, siue præcedat conuentio cum parte, siue solũ iuretur Deo: quia cum Deo iuratur, est conuentio ipsius & iurãtis, quia in vnum consentiunt. Deus enim est vbique locorum. *vt l. properandum. §. sin autem. C. de iudic.* ergo conuentio per iuramentum facta erit vestita. Ex his saluabis glossarum vestimẽtum. ¶ Aliud vestimentum est operis *initio l. 1. §. de pol.* sed contra, quia illa lex loquitur in pol. non in pacto, & pollicitatio non est pactum, *vt l. pactum. eodem tit.* Sed glossa credo voluit id dicere in pacto, quia eadem est ratio, & ita notat Io. Faber *insti. qui mo. re con. ob. in princ.*

Bartolus ante 50. annũ obiit.

Deus vbique locorum.

62 ¶ Reliquum vestimentum est legis auxilio, scilicet vbicunque pactum ex nudo pacto producit actionem, vt in donatione *l. si quis argentum. C. de don. §. fi.* hanc glo. Bar. reprehendit, dicens,

Digitized by Google

cens, quod legis auxilio non vestitur pactum. nam legis auxilium non est vestimentum, sed quædam causa agens in pacto. vt sol agit in generatione hominis, homo tamen generat hominem, & inde dicit quod in pactis nudis agit lex ipsa miraculosè, quia sine vestimento sufficienti facit producere actionem. Maria enim mater nostri redemptoris peperit sine viri semine, & Helisabet cum esset sterilis genuit: huius exemplo lex ex pacto nudo facit producere actionem, & aliquando ipsa lex producit ꝑpter pactum, vt in donatione: hæc sunt verba Bar. Paulo de Cast. non placent ista, sed nec ipse videtur habere congruum sensum, vt declaraui *l. conuentionum. sup. eod.* Ego considero ꝙ Bar. rectè dicat in hoc, quod in casibus in quibus ex nudo pacto oritur actio, pactum nõ sit vestitum. ratio, quia hæc oratio sibi pugnaret, scilicet quod pactum sit vestitum, & quod ex nudo nascatur: vnde cum iura dicant, quod ex nudo nascitur, *vt l. frumenti. C. de vsuris. & l. etiã. infr. de vsuris.* sequitur pactum non esse vestitũ, nisi diceremus quod est nudum à verborum solennitate, non autem à legis auxilio. sed Bar. rectius in hoc loqui videtur, in exemplo tamẽ quod subiungit, miraculosè legem procedere. Certè cum hæc miracula video, semper animaduerto ea esse nata à doctorum intellectu, & non à legis intentione. Cum enim legis vis ipsa natura contermineur, *vt in l. cum quidam. §. quid ergo. inf. de acq. possess.* Doctores eam exter-

Ss minant,

minant, cum ad miracula porrigunt vel extendunt. Hæc enim relinquũtur patri qui omnia potest, qui nutu potuit, vt nobis pareret sanctissima virgo. Nec credas quod subest miraculum id in eo quod pactum nudũ pariat actionem. Imò sanctissimũ est, & si ius ciuile omnino veram iustitiam secutum fuisset, ex quolibet pacto etiam nudo iustitiam ministrasset: quod ostenditur, quia iure naturali æquè pacta obseruãtur, *vt l.1.sup.eod.* & huius exẽplo ius canonicum itidem obseruat, non ergo dicendũ, quod id sit in vero iure miraculũ. Fateor, quod exorbitat à regula cessatiua legis ciuilis, quã tradidit in nostro *§. quinimò. & in §. sed cum nulla.* Quicquid tamen excipitur, non fit miraculosè, sed iure ordinario, maximè cum rationi iuris naturalis ipsa exceptio conformat.

¶ Item nota, quod forsan potest dici, vt id quod notat glos. *in princ. instit. quibus mod. re contra. ob.* sit verum, scilicet quod pactum aliquando vestitur legis auctoritate, vt in donatione. Nam ego tenui, quod donatio est contractus nominatus, nomine & auctoritate data, *ex l. si quis argentum. §. fin.* ergo pactum vestitur. Vnde Bar. non rectè improbat, hoc dicens, quod in donatione, non ex lege, sed propter legem detur actio, de quo satis latè *l. legitima. sup. eod.*

¶ Vltra glos. addit duo vestimenta do. Iason *in 6. col. quasi in princ.* primum est cohęrentia traditionis voluntariæ, *vt l. quotiens. C. de donat. quæ sub mo. l. legem. C. de pactis, notatur. l. traditionibus. infra,*

Digitized by Google

fra, isto tit. ¶ Secundum est, vestimentum implementi ipsius cōditionis, quia habetur pro causa, *vt l. cum ad præsens. inf. si cert. pet. & ita ibi Ang. per illum tex.* hoc tamen dicit, se reprobasse *in §. sed cum nulla.* ¶ Dominus Iason in primo vestimento, quia ex numero, & ex casu, non ex ratione rem ipsam considerat, credit se addere, & verè nihil addit. Nam id est vestimentum rei interuentus, quod ponitur *in l. nostra. §. sed & si.* Eo enim ipso, quod ego tradidi vel donaui, vt aliquid faceres, illud pactum vestitur ista causa, quæ appellatur rei interuentus. Nec credas solum quod in contractibus hîc enumeratis habeat locum causa ad pactum, vt vidimus in cōtractu conditionali, & in contractu aliàs efficaci, etiam sine ipsa datione. Nec obstat, quod traditio ista sit voluntaria, quia hæc non constituit diuersum vestimentum, maximè quod etiam *in §. sed & si.* traditio ipsa est voluntaria. Et quod idem sit vestimentum, probatur, quia in vtroq; casu datur actio præs. ver. quæ ab hoc fonte in his casibus procedit: quia pactum habet causam vel negocium aliquod, ex quo vestiatur, *vt in §. sed & si. & l. solent. & l. si dominus. inf. de præs. ver.* ¶ Itē nec secundū vestimentū est diuersum ab isto, quia aduētus conditionis ideo vestiret pactum, quia talis aduentus habetur loco adimplementi, vel loco causæ, *vt l. à Titio. inf. de verborum obl.* & ita dicit ipse Ang. & fatetur ipse Iason *in §. sed cum nulla. in vlt. limit.* ergo non est aliud vestimentum.

Obiectio.

¶ Item in quantum Bal. & dominus Iaſon reprehendunt dominũ Ang. quod aduentus cõditionis non veſtiat pactum, ne concurrant duo ſpecialia: ego credo, quod non rectè reprobent, vt oſtendi in limitationibus. Quia etſi ſit ſpeciale, vt ex nudo pacto oriatur, talis ſpecialitas eſt amplianda, nec in ea cadit cauſa reſtrictionis, vt patet ex lege bona fides, infra depoſiti, & ibi Paul. Præterea ſi aduentu ipſo cõſtituitur cauſa, falſum eſt, quod ex nudo pacto oriatur, quia eſt veſtitum, cum habeat implementum: itaque non poteſt cõſiderari eorum ratio duorum ſpecialium. Cogita.

63 ¶ Ex prædictis pactorum veſtimentis Bar. ſe transfert ad quæſtionem, nunquid, quando ex conſuetudine vel ſtatuto contractui imponitur nomen, ex hoc ſit contractus nominatus? & concludit quod non: niſi à tali ſtatuto vel cõſuetudine, & nomen & forma ſit appoſitum: tũc enim cenſetur eſſe contractus nominatus. Vtrunque probat exemplis: videmus enim ꝙ hoc nomen à ficti & continui, eſt indictum à conſuetudine, & tamen talis contractus dicitur à iure innominatus, *vt l. ſi olei. cum ibi notatis. C. locati. l. naturalis. §. at cum do. inf. de præſ. ver.* Conſtat ergo, quod ſolum nomen conſuetudinis nõ eſt ſufficiens veſtimentum, niſi tale nomẽ ſit indictum à iure gentium, *vt l. noſtra. in princip.* Item videmus, quod emphyteuſis habet nomẽ & formam à iure ciuili, ergo erit cõtractus innominatus. & idem eſt in ſponſalitia largitate, quia

quia lege specialiter cauetur, vt sit contractus specialis, *vt in authen. eo decursum. Cod. de donat. ante nup.* nam ante illam legem vocabatur sponsalitia largitas, & tamen non erat contractus nominatus, vt ibi probatur. Vnde infert vlti. Bar. quod feudum est contractus nominatus, quia habet nomen & formam ab ipsa consuetudine: habet enim nomē, quia feudum appellitatur, habet formam, s. fidelitatis, iuramēti & inuestituræ, *vt in c. 1. quid sit inuestitura. & cap. de noua forma fidelitatis.* hæc sunt verba Bart.

¶ Primò assumo conclusionem Bar. deinde veniam ad exempla. Conclusio est, quod ex solo nomine consuetudinis vel statuti non censeatur contractus nominatus: de ista conclusione ego dubito, quia nominatus contractus à nomine dicitur, *vt in nostra lege. in prin. & l. 1. in fi. sup. eod.* Sed si nomen sit indictum à consuetudine, sat erit, quia pro lege habetur, *vt l. de quibus. sup. de leg.* & statutum est ius ciuile, *vt l. omnes populi. de iustit. & iure.* præsertim quod Bart. fatetur eandem vim esse legis & consuetudinis: at ille dicetur nominatus, quia à legibus ciuilibus nomen habet, *vt l. in quam. infra, de præsc. verb.* ergo, &c. Id autem quod Bar. dicit de forma, nunquam probabitur: nisi in quantum forma ponitur speciali contractui, ex qua cognoscatur, vt nomen adaptari possit: nam speciale nomen specificam exigit cognitionem.

¶ Non obstat *l. naturalis. §. at cum do. & lex, si olei. cum notatis.* quia fateor, quod iure fforum,

vel C. contractus afficti vel continui, non esset contractus nominatus: ratio, quia consuetudo non adinuenit eo tempore ista nomina. Et Bar. non reprobat, quod eo tempore ista erãt nomina indicta à consuetudine: imò credendum est, esse moderna, & postea à consuetudine inuenta, vt Bart. ipse sentit, & videtur probari, quia non sunt Latina. Si ergo hodie hoc speciale nomen est impositum, clarum est, ꝙ ante impositionem contractus erat innominatus: quia nomen speciale non erat cognitũ. Itaq; illa iura nihil obstant, nec obstat authen.
64 vt sponsalitia largitas. Fateor † enim, quod ante illum authenticum sponsalitiæ largitatis nomen, erat cognitum, nec nomen additur illo iure, sed hoc, quod habeat specialem naturã. Nam etsi spõsalitiam largitatem appellassent donationem ante nuptias, illam non ex nomine speciali mutabat donationis naturam: sed hoc introducitur authenticorum iure, vt specialem habeat naturam, non generalem ipsius donationis. Vnde est, quod in ea spõsalitia largitate cesset insinuationis necessitas, quæ est in alijs donationibus introducta, vt ibidem dicitur. Ex his colligas, quod fallacia stat in hoc, quod aliud est contractum esse nominatum, quia ex nomine nominatus dicitur: aliud est, habere propriam naturam, speciem & actionem ipsius contractus. Nam non sequitur, habet nomen, ergo habet specialem iuris naturã vel actionem. quod æquè verum est, tam in nomi-

Digitized by Google

nomine consuetudinis vel statuti, quã in nomine iurisgentium: quia etiam nomina iurisgentium non tribuunt de se propriam & specialem naturam nec actionem. Pone in emptione, locatione, mandato, certè antequã ius ciuile confirmaret, tales cõtractus erant nominati: sed iure ciuili fuit distincta natura, & data actio, & fuerunt constituti efficaces contractus, *vt dicitur in l. nostra. in prin. quædam enim actiones pariunt, quædam exceptiones*, &c. Vnde est, q̃ solum iurisgentium vel consuetudinis vel statuti nomen, non sit sufficiens vestimentum, vt contractus sit efficax. Ratio, quia requiritur comprobatio legis ciuilis, vt ex tali contractu oriatur actio, vnde tales obligationes ex ipsa comprobatione appellantur ciuiles. *institut. de oblig. §. 1. dixi latè in l. nostra. in princ. & ita in authentica, vt sponsalitia largitas.* Fit talis nominis comprobatio, cum constituatur sponsalitia largitas, vt specialis contractus, distinctus ab ipsa donatione & eius regulis. Et eadem est intentio *l. 1. C. de iure emph.*

¶ Bar. ergo malè videtur in his sentire, qui à nomine credit vestimentum, ibi Ang. Idem Angel. *in authentic. vt sponsalitia largitas.* & Ioan. de Imo. *in cap. quæ in ecclesiarum. de constit.*

¶ Item ex his punge Baldum, *in capit. finali. in fine. de caus. possession. & proprietat.* vbi dicit, quod omnes contractus de mundo, quos consuetudo de nouo inuenit, sunt innominati, ex quo à iure gentium vel ciuili nomen 65

non acceperunt, fundabat se *per l. naturalis. §. at cum do. cum simil.* Sed vt dixi, si nomen habeant, non potest negari eos nominatos, non tamen propter hoc sequitur esse efficaces, nisi etiam à consuetudine efficaciam haberent, vt puta, quia tales contractus obseruabantur in iudicijs & extra: tunc ego ignoro, quare nõ essent efficaces eo modo, quo contrahuntur. facit quod tenet Bar. *in l. 1. in prin. fin. col. infra, de con. ex lege.* ex hoc sequitur, quod contractus affícti & similes erunt contractus nominati. Item emphyteusis erit contractus nominatus, & habet propriam naturam & efficacem, *vt §. adeo. instit. de locato & conducto. & l. 1. C. de iure emph.*
66 An † autem feudum sit contractus nominatus? Bart. tenet hîc quod sic, & conformant superiora. Id Bal. aliquando confirmauit, sed firmius tenet quod non, *vt l. fi. in 1. q. C. quando liceat ab empt. dis. & in Rubri. C. de rerum permut. in 1. col.* vt videre poteris latè per Moder. hîc, maximè per d. Alex. Fundamentũ Bal. est, quia omnes cõtract⁹ sunt innominati, si nõ habeant actionẽ ex nomine contractus, sed feudũ, sponsalitia largitas, & emphyteusis non habẽt actionem propriam, sed condictionẽ ex lege: ergo sunt contractus innominati. Ad hoc primò posses respondere negãdo minorem: feudum enim & emphyteusis habent ꝓprias actiones ex eo cõtractu, vt tenet Bartol. *in l. 1. de condi. ex l. ante fi. col.* Probatur, quia sunt contractus nominati & approbati, ergo ex contractu nascitur actio

actio, *vt l. actionum genera. §. ex contractu, de oblig. & action.* infra. si ex contractu nascitur, nomẽ sumet ab eo. Sed hæc conclusio non tenetur, imò communiter docẽt doctores, quod pro contractu emphyteuseos nascitur condictio ex lege: ita ipsemet Barto. *in l. 1. C. de iure emphy.* quem cæteri sequuntur. ¶ Ideo melius resolue, & dic quod maior ratio, quam Bal. præsupponit, est falsa, & non rectè considerata. Non enim ab ipsius actionis specialis defectu arguitur contractus innominatus, sed ex eo quod nomen non habeat speciale, *vt constat in nostra l. iurisgen. in prin. & ibi dixi maximè in materia permutationis, vbi Bal. amplissimè reprobaui*, cum plures sint contractus nominati non habentes propriam ab ipsius contractus nomine actionem. pone stipulationem certæ rei, quæ non habet ex stipulatu actionem, sed certi cõdictionem, *vt insti. de ver. ob. in prin. & l. si quis certum, infra si cer. peta.* secundùm veriorem opinionem.

Cõmunis opinio.

¶ Successiue Bartol. opponit, & est oppositio finalis, circa quam tria erunt principaliter videnda. Primum † an verè præsupponat 67
Barto. quod quando promittitur id quod erat debitum, ex alia causa inducatur constitutum. ¶ Contra Bar. primo facit *lex cum de indebito. in prin. & in §. fi. infra de proba.* vbi si quis ex priori debito vel causa cautionem facit, nõ propterea dicitur constitutum: etiam *lex si mulier C. ad Velle.* vbi si mulier iterum & secundò caueat,

non propterea dicitur constitutum, & tamen secunda cautio est ex debito primo, & ita ex his iuribus concludebat Albericus contra Bartolum.

¶ Item fortiter facit *lex si tibi. C. locati. & ibi glo. magistra:* nam ibi dominus promisit per pactũ nudum illud, quod coloni debebant, si tamẽ non interuenit stipulatio, agi non potest. constat ergo non esse constitutum, quia si esset, ex pacto nudo agi posset. *vt in §. de constituta. insti. de act.* vnde ex illo tex. contrarium tenebat Cinus, sc. quod nunquam erit constitutũ nisi appareat quod animo constituendi sit factũ. Itẽ pro ista parte facit tex. *in 1. l. §. eum qui, infra de cõstituta.* vbi stipulatio inutilis, etiam si maneat in vim pacti, non valet vt cõstitutum: subiungit rationem, quoniam non animo constituentis sed promittentis factum est: ecce ergo, quod animus requiritur ad constituendũ, nec sufficit id quod aliàs debebatur ꝓmittere. Facit quod tenet ipse Bar. *in eadem, l. 1. §. ait Prætor.* vbi dicit, quod vt valeat constitutum, est promittẽdum nudo pacto quod aliàs debebatur, constituẽdo illud debitum se soluturum. Vnde videtur quod sit necessarium exprimere id promitti ex causa constituti.

Obiectiones in vtrãque partẽ. ¶ Pro parte contraria facit tex. *l. quidam, infra de const. pec.* vbi est casus, quod quidam scripsit ea quæ Titius ex causa mutui tibi debebat, penes me habes: dubitatur an sit constitutum, & dicitur quod sic. Idem colligitur ex mente *l. si. eo. tit.*

eo titu. Vnde constat, quod ex sola confessione promissiua prioris debiti censetur constitutũ. Vnde dicebat Bal. *in authen. si quando. C. de consti. pecu.* quod ibi erat casus vnicus, quod si per epistolam confiteor illud quod aliàs debitum erat: ex tali confessione oritur de constituta actio, quod ego intelligo, quando illa confessio sonat promissionem, vt ibi. Quid dicendum? ¶Moderni hîc adducunt multa, & nihil resoluunt † tum Bartol. hic. Ego ita credo di- 68
stinguendum, aut enim expressè agitur de cõstituto, & tunc sumus in casu claro: aut expressè non est actum, sed fit relatio ad prius debitum, vt puta ego tibi promitto quæ Titius debet ex causa mutui, & tunc, aut interuenit stipulatio, & non censetur constitutum, *vt l. 1. §. eum.* aut sine stipulatione promisi, & censetur constitutum, *vt in l. cum quidam. & l. fi.* aut simpliciter ego promisi aliàs debitum, non habita relatione ad debitum: & tunc non est constitutum: ita procedunt leges contrariæ, ad quorum specialem resolutionem condescendo. Et fateor præsuppositũ Alb. & Cyni, quod ad hoc vt sit constitutum, requiratur animus constituendi, quia textus est expressus *l. in §. eum qui.* & hoc est vniuersaliter verum in omni contractu *vt l. non omnis, infra si cer. peta. & l. oblig. substantia. de obl. & act.* nego tamẽ quod si in promissione fiat relatio ad causam primi debiti, non sit animus constituendi *vt l. cum quidam.* & ita loquitur Bart. hic.

¶Non

¶ Non obstat tex. *l. cum de indebito.* quia ibi cautio fit ex debito in vim probationis, nō autem animo inducendi nouam obligationem. Nec obstat *lex si mulier.* quia ibi nulla relatio ad prius debitum. Sed semel & secundò mulier pro alio intercedebat, & nec prima, nec secūda valet efficaciter, nisi post biennium fuerit facta. ¶ Non obstat *lex si tibi*: quam Moderni sæpè appellant fortem, & eam non resoluunt, quia ibi ideo non est constitutum, quia pactū fuit nudum: quod autem fuisset nudum, probatur: quia dicitur quod conuentio in placiti fine stetit. Constat ergo, quod non fuerunt verba constituti, quia constitutum, contractus est nominatus, vt tenet Bar. *in lege nostra in princ. & lege legitima, sup. eo. & ibi dixi.* Nec est verum quod constitutum fiat nudo pacto, etiāsi Moderni id asserant sequentes antiquos: quia ex quo est contractus nominatus, licet sit cōtractus qui solo consensu fiat, non potest dici pacto nudo fieri. Vnde probatur, quod ibi nō erant talia verba in conuentione, quæ efficerent constitutum. Et sic non constat, quod ibi conuentio habuisset relationem ad prius debitum, quod quidem requiritur in constituto vt supra dixi, & patet in eodem §. de constituta. Nec obstat quod ibi erat debitum id, quod promissum fuit: nam non sufficit id debitum esse, nisi vt debitum secundò promittatur, id est constituatur: ex his habes defensum & intellectum dictum primum Bart.

¶Secun-

Digitized by Google

¶Secundùm dictum Bart. & singulare quidem est, quod id quod dicitur *in l. si quis argentũ §. fi. C. de dona.* quod ex nudo pacto possit efficaciter agi causa donationis, non habeat locum in donatione remuneratoria. Vnde dicit cum Gulielmo, quod si ego tibi promitto, c. quia mihi seruisti, ex tali promissione non oritur actio, nec est efficax: ratio est, quia est quædam remuneratio, & non simplex donatio, *vt l. si remunerandi, infra mandati.* ergo non includitur in illa l. Singulare.

¶Secundo probatur secundùm Guil. quia ista remuneratio pacto nudo promissa, tunc potest peti, cum habet nomen salarij, *vt l. 1. C. de suffragio. & ibi notatur.* ergo cum hîc non habeat locum salarij, non potest peti. Hæc sunt fundamenta Bart. Addunt hic Moderni Papienses & ponderant nouiter *l. si quis argentum. §. fi. in verbo, liberalitatem plenam.* nam certũ est, quod ista remuneratoria donatio non potest esse plena liberalitas, cum proprius sit quædam species permutationis, *vt l. sed & si. §. consuluit, de peti. hære.* & eo maximè, quod non est propria donatio, vt poteris videre per plures effectus, quos habet diuersos ab ipsa donatione, de quibus vide plenissimè eundem Iason. *in l. ex hoc iure, quasi ad fi. ff. de iustitia & iure.*

¶Item prædicti Moderni ponderant rationem scriptam in dicto §. finali. ibi. *cum enim in arbitrio sit cuiuscunque id facere quod instituit,* &c. Nam non possumus dicere, quod ista ratio

ex toto

ex toto competat donationi remuneratoriæ, ex quo in illa donatione erat aliqualis obligatio, quæ operatur multos notabiles effectus, quos vide vbi su. ¶ Præterea addo pulchriorẽ rationem: certum est, quod lex si quis argentum. loquitur in casibus in quibus requiritur donationis insinuatio, probatur per eundem tex. in fi. Sed in donatione remuneratoria nõ habet locum insinuatio, vt notat Bar. *in l. Aquilius Regulus, infra de do.* & notatur *in l. fi. iuncta glo. parua. C. de iure dotium, & ibi Ang.* ergo sequitur ꝙ

70 in isto, casu non habeat locum. ¶ Pro contraria parte facit arg. quod facit do. Alexa. quod licet aliàs in correctorijs non sit faciẽda extẽsio: tamen ex identitate rationis licitè etiã in correctorijs extendimus, *vt notatur in cle. 1. de electione. in glo. relig.* sed sic est, quod ratio legis si quis argentum, habet locum in donatione remuneratoria, quia eadem est ratio, vt illa valeat, sicut alia simplex: ergo ad istũ casum extendit. Fortifico hoc arg. quia quando est eadem ratio, non dicitur extendi: sed includitur casus eiusdem rationis: probatur, quia prout ex ipsa anima homo assumit formã, ita lex ab ipsa propria ratione, *vt in l. cum mulier. sol. matri.* Sed id quod est in anima mea, in me est, non exterius, & ideò subtilius dicetur, quod comprehendit talẽ casum. Do. Ias. inepta (ni fallor) ratione credit facilè resoluere fundamẽtum do. Alex. dicens, ꝙ imò non est eadem ratio, quia nec ex ꝓpria, nec ex lata significatione il-

ne il-

Digitized by Google

ne illius verbi plenam liceralitatem, potest cõprehendi donatio. Præterea, vt in argumẽtis dicebat, illa ratio *cum enim in arbitrio*, &c. non rectè adaptatur donationi remuneratorię & istas respõsiones habuit à domino Alexa. quia ipse eas & rectius sentit. ¶ Quod ego in ista quę 71
stione sentio sine aliqua dubitatiõe, est quod illa lex ita concludit, donationem remuneratoriam prout donationem simplicem, & non dubito, quia à causis, more nostro, rem ipsam considero. Et quæro, quæ est ratio, qua ius ciuile mouetur ad disponendum, quod donatio pacto nudo efficax sit? Certè nõ potest negari ista, scilicet quia æquum considerauit, vt ea quæ quis ꝓmiserit liberaliter, deberet obseruare, & cum sit in arbitrio eius donare vel non donare, postquam semel destinauit, decet non resilire, & ideò ius ciuile eum cõstringit. Quæro ergò, an ista eadem ratio habeat locũ in donatione remuneratoria? certè nullus negabit, quod maior æquitas & ratio subsit, vt debeat obseruari donatio remuneratoria, cũ in officijs omnib. 1. loco illis teneamur obnoxij, à quib. beneficium nos noscimur recepisse arg. *c. cũ in officijs de testa.* & hanc rationẽ fatenť ipsi Moderni: licet timore contrariorũ, magis inclinẽt in aliam sentent. Et nota ꝙ eadẽ lex, si q̃s argẽt. voluit includere casus, in quib. haberet maior rõ: cũ dicat, ꝙ id maximè habebit locum in donationib. factis pijs locis & religi. quę cũ Deo fiãt, verè habẽt causã gratitudinis.

Beneficiũ accipiens beneficiũ facere obnoxius.

Obiectio.

Dicen-

dicendum ergo est, quod vbi eadem aut maior sit ratio, de intentione illius legis est, quòd illa dispositio obseruetur. Nec obstant contraria, primò cum dicit Bar. quod est † quędã
72 remuneratio, & non simplex donatio, fateor quod non sit simplex donatio, sed nego, quòd non sit donatio: imò donatio est, cum sit donatio remuneratoria, *vt in l. Aquilius Regul.* Hæc qualitas remunerationis donationi addita, nõ subducit dispositionem legis si quis argentũ, cum ratio illius legis magis augeatur quam minuatur ex tali qualitate.

¶ Non obstat 2. argum. de notatis *in lege 1. C. de suffragio.* quia ibi verum est, quod ex pacto nudo nomine salarij potest deberi promissum, sed falsum est, quod si causa remunerationis promittatur, non debeatur per legem si quis argentum, & etiam sine illa lege. vt inferius ostendam. ¶ Non obstat 3. argum. Modernorum, dum ponderant verbum, *plenã liberalitatem*, quia in libro meo aliter est scriptum, scilicet vt non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non traditę sint, nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatẽ plenam, & secundùm legem nostram perfectissimam constitutam, necessarius traditionis effectus sequatur. Et certè melius quadrat talis constructura, quam illa quam refert do. Ias. quia liberalitas plena in illo text. non confirmatur, sed donatio quæ alias erat inutilis: sola liberalitate censetur plena & perfectissima, per

Digitized by Google

per dispositionem tex. illius. Vnde etiamsi eo modo sit scriptum, quo ipse refert, salua pace, malè intelligit, quia, vt dixi, ille text. non loquitur de liberalitate aliàs plena, sed de ea quæ stat in terminis solius liberalitatis: quia non erat datum, sed solum promissum: Vnde ex lege si quis argentum, plenam & perfectissimam constitutam esse dicitur, Itaque intentio tex. illius, non est disponere de plena liberalitate, id est de mera liberalitate, vt Iaso. credit, sed est liberalitatem efficere plenã & perfectissimam, etiamsi traditio non fuit secuta. Sed sic est, quod donatio remuneratoria est liberalitas: ergo illa plena cõstituitur. Quod sit liberalitas probat Marc. Tul. *in lib. 1. officiorum capite. quomodo beneuolentia in n[illegible]ollata.* Vbi firmat duo esse genera liberalitatis, vnum dandi, alterum reddendi.

Liberalitas alia dãdi alia reddẽdi

¶ Non obstat arg. aliud: in quo ponderant rationem insertam *in dicta lege si quis argentum scilicet in verbo cum enim in arbitrio cuiuscunque sit.* sentit do. Iaso. & aliquantulum do. Alexand. quod ea inest obligatio ad donationẽ remuneratoriam, quod tollat arbitrium donandi. Ego ignoro, vnde ipsi hoc asserant, quia obligatio ad antidota etiamsi sit naturalis, non tamen habet efficaciam & necessitatem donandi, vt omnes fatentur, *l. ex hoc iure. & l. sed & si. §. consuluit: de petitione hæredi. & l. si ex testamento. infra de fideius.* adeo quod etiamsi in alijs obligationibus naturalibus habeat locum com-

pensatio, *l. etiam. infra de compensa.* tamen hæc obligatio adhuc non habet efficaciam cõpensationis: vt sentiunt Bart. & cæteri *in dicta l. ex hoc iure, & probatur l. si ex testamento. iuncta glo. de quo vi. prædictos Modern. in penu. col. in dicta le. ex hoc iure.* ¶ Nec obstant plures effectus, quos operatur oblig. ad antidora, quos allegãt Moder. hîc, nam illi effectus sunt post donationẽ factam, aut si aliquis sit ad faciendã donationẽ, non tamen est talis vt imponat necessitatem donandi, vt supra dixi, aliàs non esset donatio, *l. vnũ ex familia. §. si de falcidia. infra de leg. 2.* Sed cõtra me argumentari potest de sententia Marc. Tul. vbi supra: nã cum duo, inquit, genera liberalitatis sint, vnum dandi beneficium, alterum reddendi, [illegible]demus: an non in nostra potestate est, non reddere? bono viro non licet, si modo id facere possit sine iniuria. Constat ergò quod reddendi beneficij subest necessitas, illa quędam necessitas officij, quæ subest ex æquitate naturali: Vnde nos dicimus eum esse obligatum naturaliter: negamus tamen obligationem iuris ciuilis, & ideo dicimus, quod in arbitrio cuiuscunq; est, etiam reddere beneficiũ, sicut & dare: Nec hoc negat Marc. Tul. cũ dicat genus esse liberalitatis. Facit quod dicit glo. *in dicto §. consuluit.* quod si soluatur id, quod instinctu naturæ & ex æquitate debetur, donatio est sine dubio, quamuis assumat nomen remunerationis, *vt infra mandati. l. si vero non remunerandi in princ.*

¶ Non

Digitized by Google

¶Non obstat arg. quod vltimo formaui. Fateor enim quod loquitur in donationibus in quib. requiritur insinuatio, sed diffiteor, quod non loquatur in his donationib. in quib. non requiritur, quia loquitur in pijs causis, quæ à primo iure insinuationis sunt exceptæ, *vt l. illud C. de sacrosanct. eccles. & l. sancimus. C. de dona. in prin.* Itaque intentio tex. illius est in donationibus, non tollere ius insinuationis, sed vt permaneat cum suis distinctionibus, tam in pijs causis quam in alijs. Nec per hoc intendit loqui tantum in casibus in quibus donatio nõ exigit insinuationem, eo maximè quod verius loquitur de insinuatione tantùm piæ causæ, & tamen constat quod loquitur etiam in priuatis donationib. Id autem quod dominus Alex. sentit legẽ si quis argentum, vt correctoriam, nõ esse ampliandam, vide in quæstio. sequenti, in qua hoc negamus. Constat ergo ex superioribus, quod lex si quis argentum, habet locum in donatione remuneratoria. ¶Sed do. Ioan. de Imo. & si hoc teneat, conatur excusare Bar. 37 sc. quãdo nullũ verbũ donat. in conuentione est expressum, sed simpliciter fuit dictũ, promitto tibi 10. quia mihi seruiuisti: tunc. n. habet locum quod dicit Bar. Ratio, quia tunc essent duæ specialitates, sc. quod donatio præsumeretur, & quod ex nudo pacto oriatur actio, quæ non sunt dandæ secundũ Bar. *in infra proxima quæst. & l. 1. C. de dotis promis.* & ita dicit do. Alex. *hic & Ang. insti. de act. §. in personam 7. col.*

¶ Ego verò de tali excusatione miror, & eam non percipio, nam vt infra dicam, quod donatio præsumatur, nescio quæ sit specialitas, etsi fateamur inesse speciale, si tamen ego promitto 10. quia mihi seruiuisti, certè pactũ non videtur nudum: imò habere videtur causam, ex qua vestitur, *vt in nostra l. §. sed etsi in alium. & l. solent. de præs. ver.* ergo & pacto nudo non orietur actio, sed ex vestito, quod nõ est speciale: Et memini vidisse Abb. *in c. si cautio. de fide instru.* qui inquit talem promissionem validam & efficacẽ, & certè quo ad ius canonicum non est dubium, sed adhuc etiam de iure ciuili id credo. Nec obstat quod supra quasi in principio huius repetitionis docuimus, quod contractus de præterito ex interuallo factus non cẽsebatur esse causa ad pactum posterius: quia hoc diuersam habet rationem: Non enim pactum censetur esse factum causa contractus, cũ fiat interuallo, sed si expressè dicitur quod tibi do c. vel promitto 10. ob seruitia præterita: certè tale pactum habet expressam relationem ad causam. Vnde ergo ignoro, quare nõ censeatur esse vestitum. Facit quod tenet do. Ias. *in l. ex hoc iure, in septimo effectu donationis remuneratoriæ*: quod licet aliàs ꝓmissio sine causa non valeat *lege secunda Paragrapho circa. de doli excep.* tamen quando merita præcesserunt, habetur causa sufficiens, vt notari potest ex Ang.
47 † doctrina *lege qui præsens, infra si certum petatur.* & quod non sit speciale, vt donatio præsumatur.

Digitized by Google

tur. videtur ex hoc constare: quia cessat causa, ex qua cessat præsumptio donationis: ea enim ratione dicitur non præsumi donationem, quia nullus præsumitur, bona sua sine causa liberaliter expẽdere, quod doctores appellant dilapidare, *vt in l. cum de indebito, infra de proba.* sed in datione remuneratoria cessat hęc ratio, ideo præsumitur donatio, etiam si non exprimatur, scilicet ob bene merita datum. *vt l. si vero non remunerandi. §. idem Papinianus. infra mandati.* Non est ergo hoc ex iure singulari, vt dicamus duo singularia concurrere non posse, quia id intelligitur, quando contra rationem iuris aliquod singulare introducitur, *vt l. quod vero & l. ius singulare su. de legi.* & si rectè animaduertas Bar. *in dicto §. idem Papi.* sentit, id nõ esse ius singulare, cum dicat quod id fallit fauore dotis, sed de hoc non curo. Item aut illa

Bona sua iactare nullus præsumitur.

Singuaria duo non possunt cõcurrere.

10. promissi † obseruicia ex quibus tenebar necessariò, & tunc non est donatio, nec præsumpta nec vera: sed teneor vt fatetur Bar. *per l. 1. de suffragio,* secundùm eius intel. aut non sunt talia seruitia, & tunc non est præsumpta: imò vera remuneratoria donatio: patet, quia est liberalis eò quod promittit id, ad quod non tenebatur necessariò: Item quia promittit ob bene merita: Ideo ego non possum percipere, quod in hoc casu, ex duobus specialibus non valeat donatio cogita. 75

Tertium † dictum Bartoli est, quod *lex si* 76

quis argen. §. fi. nō habeat locum in donat. præsumpta: puta si dono scienter indebitū, præsumitur donatio. *per leg. Campanus, infra de oper. liber.* Finge ergo quod scienter tibi promitto decem: cum scirem me nihil tibi debere, certè præsumitur in pacto causa donationis. An autem tale pactum valebit? Bart. tenet hîc quod non: ratio, ne duo concurrant specialia, *vt in l. cum post §. gener. infra de iure dotium, & l. 1. C. de dotis promiss.*

¶ Primum vt donatio præsumatur: secundum vt propter pactum detur ex l. actio. Idem tenet Bar. l. si tibi, in princ. infra. eod. Bal. Ange. Paulus & Alexan. *in §. sed cum nulla sup. eo.* & alij passim hoc docent. Hic sunt videndæ duæ specialitates, prima est, ne propter pactum nudum detur actio: hanc specialitatem ego negarem, quia probaui donationem esse contractum nominatum, eo casu quo per pactū fiat. Est enim perfectissima constituta, & id est perfectissimū quo perfectius dari non potest, *vt in lege vbi autem. in principio, infra de verborū obligat.* ergo hanc perfectionē habebit vt contractus sit nominatus: maxime quod eius perfectio est exemplo venditionis, *vt in §. perficiuntur, insti. de dona.* de quo satis latè docui, *in lege legitima sup. eodem.* quo præsupposito verū erit, non esse speciale vt ex contractu nominato nascatur actio, cum id regulariter contingat, *vt lege nostra, in prin.* quinimò & si præsupponamus ex nudo pacto nasci actionem, & esse

specia-

ſpeciale, quia regula eſt in contrarium, *vt in iſto §. noſtro.* tamen ego credo quod talis ſpecialitas non impediat, qui cum alia concurrere poſſit: probatur hac ratione. Ratio enim quare duo ſpecialia non debent in eodem caſu habere locum, eſt, quia talia ſpecialia ſunt reſtringenda & minuenda in quantum poſſunt. Et ideo iniquum videtur, quod non ſolum vnum quod contra iuris rationem introductum eſt, ſed etiam duo in eodem caſu concurrere debeant, ſed iſta ratio ceſſat in caſu *legis, ſi quis argentum.* quia etiam ſi id ſpeciale ſit, non tamen eſt contra iuris rationem. conformat enim cum iure canonico, ex quo pacta debent obſeruari: conformat cum ratione iuris Prætorij, *vt infra iſta lege §. Prætor*: conformat iuri gentium & naturali, *vt in l. 1. in prin. ſu. eo.* ergo ſequitur quod id non debet habere naturam reſtringibilem, vt colligitur ex mente tex. *l. bona fides, infra depoſiti. & ibi Paulus de Caſtro.* Qui ergo contrarium ſentiunt, æquum ab iniquo malè diſcernunt.

§ Aliud ſpeciale eſt, vt donatio præſumatur: cuius contraria eſt regula. *leg. cum de indebito in principio, infra de condictio. inde.* ego conſidero, quod aut ſimplex promiſſio non adiecta cauſa eſt facta ſcienter, quia promittens ſciebat ſe indebitum promittere, & tunc regulare eſt, quod præſumatur donatio, probatur *in lege Campanus, de operib. libert. ibi ſed cum ſciret*, &c. *& lege prima de condict. indebiti.* Donatio non præſumitur.

infra, in l. si diuortio. infra de verborum. obl. & est de mente Iureconsulti *in dicta l. cum de indebito.* aut enim ignorabat, & tunc non præsumitur donatio, *vt l. cum de in debito. in prin. & notatur l. generaliter. C. de non nu. pec. & sentiunt iura superius alle.* aut enim dubitatur an scienter vel ignoranter promittat, & tunc communis opinio est, quod non præsumitur donare, *vt Bar. in l. si cum aurũ. & ibi glo. ff. de solutionibus. de quo vide Ang. de Aretio latè referentem. in §. in personam. 3. col. insti. de act.* & ego subtilius dicebã *in c. 1. de pactis.* Si ergo has distinctiones rectè consideras, tunc præsumitur donatio quando scienter promittit, & hoc regulare est: prout est regulare, quod quando ignoranter promittitur, non sit donatio, ergo in casu quo scienter quidquam promittitur nulla adiecta causa. Ego ignoro causam, quare non præsumatur donationis causa: nec in hoc est contra iuris rationem singularitas aliqua, vide Ange. *in dicto §. in personam. in fine 6. col.* sed nota quod in ista quæstione in tribus peccat. Primum cum dicat Bart. sibi contradixisse *hîc & l. 2. §. circa, de doli excep.* nulla est. n. contradictio, hîc enim loquitur in pacto, & ibi in stipulatione, vbi secundum ipsum est vnum speciale. Secundò peccat in quantum Bartoli sententiam intelligit in casu dubio, scilicet, quod quãdo dubitamus an sciuerit vel ignorauerit, tunc ex pacto nudo non præsumimus donationẽ, vel quãdo est certum quod ignoranter promisit. Certe talis intellectus de ni-

Cõmunis opinio.

Digitized by Google

de nihilo ſeruit,& eſt contra intentionem Bartoli, quia ipſe intelligit noſtrum caſum, quando aliàs nulla eſt præſumptio ſecundùm communem: quia, ſi in ſtipulatione nulla eſt præſumptio donationis, nec in pacto eſſe poteſt, ſed Bar. voluit facere differentiā inter pactum & ſtipulationem, cum ponderet duo ſpecialia, ſcilicet, quod etiamſi in ſtipulatione pręſumamus donationem, in pacto tamen non præſumimus, quia in pacto eſſent duo ſpecialia. Tertium in quo peccat, eſt in reſponſione ad argumentum Bart. dicit enim, quod non obſtat id, quod dicitur de duabus fictionibus, quia ad hoc latè reſpondet Bart. *l. ſi quis pro emptore. de vſucap. infra.* vbi docet, quòd duæ fictiones æquè principales non concurrunt, ſed quando vna eſt conſecutiua alterius, bene concurrere poſſunt, §. *ſi ab hoſtibus, inſtit. quibus modis ius patriæ poſ.* fictio enim eſt principalis, quod promiſſio ſine cauſa valeat: quo facto, conſecutiuè ſequitur, quod etiamſi fiat pacto nudo, neceſſariò ſortiatur effectum, *per legem, ſi quis argētum.* Certè iſta verba non ſapiunt iuris peritū, quia nec Bar. dicit, nec eſt verum quod ſint duæ fictiones, eſt enim † vna præſumptio tantùm, & 77
ipſa diſtinguitur à fictione, fictio enim ſignificat verè ita non eſſe, ſed præſumptio elicit pro ſe veritatem, vt latè notatur *in l. non eſt veriſimile. inf. quod metus cauſa.* vnde, cum ſcienter ſine cauſa aliquid promittitur, tunc vere donatum præſumitur & non fingitur. Credo quod An-

gelus fictionem sumat pro præsumptione. Itẽ videtur & in alio peccare, quia dicit, quod est vna fictio vt pactum sine causa non valeat, certè nec fingitur, nec præsumitur, nec verè & realiter valet pactum sine causa: sed est pactum cum causa donationis, quæ quidem elicitur iuris præsumptione, *vt in dicta l. Campanus. & l. cuius per errorem. inf. de reg. iur.* Praeterea considera, quod odium ex quo fictiones facimus restringibiles, nõ habet locum in præsumptionibus, quia in his ratio odij cessat. Excusare tamen poteris ipsum Angelum in sua intentione.

78 ¶ Tertium principale dictum Bar. est, quod lex, si quis argentum, non habet locum cum pacto causa donationis factum promittitur, de quo ipse latius *sup. in §. sed cum nulla.* & ideo in huius locum nos hæc disputamus *in c. 1. de pactis.* Videndum tamen est an lex, si quis argentum, habeat locum in donat. causa mortis. gloss. *in l. cum pater. §. Maeuio. de leg. li.* tenet quod sic, simile est *l. 2. C. de iure do.* & communiter approbantur. Ioan. de Imo. *l. cum ex causa. ff. de re iudicata.* tenet contrarium, cuius hæc sunt arg. ¶ Certum est, quod lex, si quis argentum, est correctoria, & loquitur in donatione simplici: ergo non extendẽda ad donationem causa mortis. Et quod loquatur in donatione simplici, constat, quia necessitatem imponit donatori tradere id, quod donare existimauit, sed donator causa mortis ad id non cogeretur, cum possit pœnitere, *vt in l. 1. § 1. ff. de donat.* ergo non loqui-

Cõmunis opinio.

Digitized by Google

loquitur in donatione causa mortis, sed in simplici. ¶ Secundò probatur, quia illa lex loquitur in donatione quæ est insinuanda, *vt patet in fine.* sed in donatione causa mortis non habet locum insinuatio, *l. sancimus. C. de donationibus*. hoc poteris corroborare per text. in fine, cum dicat quod res donatas in omnibus supradictis casibus tenentur soluere tam ipsi quàm eorum hæredes: & sic vides quod tex. se refert ad casus ibi positos, qui sunt donationis simplicis. Item hoc corrobora per textum, *in fine.* in quantum dicit: quod talis donatio transeat ad hæredes donatarij: sed sic est ꝙ donatio causa mortis non trāsit ad hæredem donatarij *.§.1. instit. de donat. le.1. ff. eod.* ergo in ea non loquitur. Sed Ang. de Are. *in §. in personam. instit. de act.* defendit glossas & Bar. & communem, leui tamen ratione, dicit quod ista duo sunt æquiparata à lege veteri, scilicet donatio inter viuos, & donatio causa mortis, *vt le. Aristo. §. fin. de donat.* sed vbi duo taliter æquiparantur, ea quæ postea lege noua statuuntur in vno: habent locum in reliquo, *vt leg. si quis seruus. & ibi gloss. Codic. de furtis*. ex quo sequitur, quod lex, si si quis argentum, debet extendi ad donationem causa mortis. Præterea dicit, quod ibi est expressa ratio, quæ congruit donationi causa mortis.

¶ Ego quippe aliter intelligo, nec tamen assentio sententiæ Ioann. de Imo. nec rationibus do. Ange. Primùm cum ipse dicat, quod lege

veteri

veteri hę donationes æquiparantur: fateor, tamen video, quod efficacius lege imperatoria legatis æquiparantur, *vt §.1.instit.de donat.* sed secundùm naturam legatorum non possunt cõprehendi *in d.l.si quis argentum.* Item istæ duæ rationes quas dedit Ang. dissident, quia ex prima fatetur virtute æquiparationis extendi legem illam: ex secuuda concludit, quòd virtute propria comprehendit istum casum: quia docet rationem positam in lege, si quis argentum, habere locum in donat. causa mortis. Ego miror, quod ipse teneat rationẽ positam *in l. si quis argentum.* habere locum in donat. causa mortis, quia illa talis est. Cum enim in arbitrio cuiuscunque sit hoc facere quod instituit, oportet eum vel minimè ad hoc prosilire, vel cum ad hoc properauerit, non quibusdam excogitatis modis suum propositum defraudare. Ergo secnndùm istam rationem sequeretur, quod propositum reuocare nõ possit, qui donationis causa mortis aliquid promittit: sed hoc est falsum, quia cum se conferat ad mortem habet in hoc vltimæ voluntatis naturam, vnde quando voluerit, poterit reuocare propositũ: etiamsi res ipsa sit tradita, *vt l.1.§.1.infra de donat. & instit.eod.§.1.* Est ergo impossibile, quod ratio in tex. posita habeat locum in donatione causa mortis: cum ipsa tollat arbitrium liberũ pœnitendi, & donatio causa mortis à libero arbitrio donantis pendeat. & in disputando concludebam, cum istum articulum Re. quidam Epi-

Episcopus & excellentissimus, alter Senensis doctor, & ego Romæ disputaremus.

¶ Sed demum dixi, contrariam me credere 79
veriorem sententiam. Imò quòd lex, si quis argentum, comprehendat donationem causa mortis, & quæro, quid est quod Imperator introducit in ipsa donatione per legem, si quis argentum? respondeo, quod eius intentio est, vt ipsa liberalitas solo consensu sit efficax, ita quod non sit opus stipulatione vel traditione, sed solo consensu donatio perficiatur: hoc colliges *ex dicto §. fin. & ex §. perficiuntur. instit. eod.* Decreuit enim præcipuè liberalitatem à se ipso efficacem esse, sed nonne ista dispositio habebit locum in donatione causa mortis? certè id non possumus negare: quia in hoc eadẽ versatur ratio, vt vna donatio valeat, vel alia: nec diuersa ratio reddi potest, ergo eandem credi debet esse iuris dispositionem, *l. à Titio. infra, de verb. obl.* quod intensius colligere poteris: finge donationem causa mortis promissione tãtum esse factam, in isto enim casu est quædam mixtio contractus & vltimæ voluntatis: nam promissio fit ex causa li beralitatis, ergo est cõtractus. Hoc est quod dicitur, quod donatio causa mortis per contractum fieri potest, *vt l. mortis causa. la picol. & l. senatus. §. fin. de mortis caus. don.* Item participat ex vltima voluntate, quia ad mortem se confert, *vt §. 1. instit. de donat. & l. tam bis. inf. de donat. caus. mor.* Videamus idcirco, vtrũ vtraque pars mixtionis nostrę cõclusioni congruat:

gruat: & in quantum habet contractum, certum est quod sola conuentio sufficit vt valeat donatio *per l. si quis argentum.* nec in hoc potest ab ea lege discordare, quia in hoc habet partẽ quæ congruit illi legi. Item in quantum ad vltimam voluntatem se tendit, certè non discordat, imo vltimæ voluntati congruit, vt solo consensu fiat: quia in his à consensu omnia pendent, *vt in authen. de non ali. §. disponat.* Ex his poteris probare maiorem inesse rationẽ, vt solo consensu valeat liberalitas causa mortis facta, quàm si esset simplex: quia nihil aliud huic liberalitati obstare potest, nisi quod sit causa mortis. Sed hoc iuuat & non obstat, quia summa est ratio, vt vltimæ voluntates solo consensu perficiantur dum consensus probetur, eò præsertim quod à consensu appellantur voluntates, quasi à voluntate pendeãt. Vnde credo quod lex, si quis argentum, habeat locum in donat. causa mortis. Scio tamẽ quod hæc cauillari possent à subtiliter & perniciosè disputantibus, attentis strictè verbis illius legis. sed hæc sententia mihi iustior est, & argumenta non obstant.

Volũtates à consensu appellantur.

¶ Primò cum Ioannes de Imola dicat esse ius correctorium, & ideo non extendendum. responde, quod nulla est extensio, quia vbi viget eadem ratio, non dicimus extensionem habere locum, vt sup. dicebam *per l. cum mulier. sol. mat.* Item negare possem illam legem correctoriam, quia etiam si *in nostro §. quinimò*, dicatur

tur regulariter ex pacto nudo actionem non
nasci, ista regula est sumpta à legum cessatio-
ne. leges enim cessant in actione danda: aliàs
dispositiuè falsum & iniquum esset, quod ex
pacto actio non nasceretur, quia pacta non
obseruare, est peccatum, *vt in c.fin.de consuet.iun
cta le.1.sup.eod.* vnde ipsi doctores fatētur, quod
statutum disponens † vt pacta non debeant 80
obseruari, esset nullum, *per c.fin. de præsc.* & ita
tenet do. Abb. *in cap. dilecti. de iudicijs. 3. col.* Dicen
dum est itaque quod illa regula est sumpta ea
ratione, quia leges cessant in actione danda
in pactis nudis, vnde cum in aliquo casu da-
tur actio, non est ius correctorium, quia in eo
in quo quis cessat, non dicitur aliqua corre-
ctio. facit gloss. *leg. legitima. sup. eod. in fine glossa
mag. & leg. stipulatio ista. §. alteri. cum similibus.*
quod pactum vel stipulatio alteri facta est prę-
ter legem, quasi in eo lex nihil disponat. De
hoc latius *in repet. c. 1. de pactis.* item dato, quod il-
la lex esset correctoria, esset amplianda & non
restringenda, quia fauet veræ iustitiæ & æqui-
tati naturali, vt dixi in quæstione præced.

¶ Nō obstat secūdum arg. quod illa l. loqui-
tur de donatione quæ est insinuanda, quod fa-
teor: nego tñ consequentiā, quod in alijs do-
nationibus non loquatur. Imò verum est, si
rectè aduertas ꝙ cū loquit̃ de insinuatione, lo
quit̃ in piis causis, quia dicit ꝙ non vult tollere
id, qđ specialiter in his statuit, *vt l. sancimus. eo. ti.*
Idē respōde ad ponderationē de hæredib', sc.
quod

quod non negat loqui in aliis donationibus, quæ non possunt ad hæredes transire: patet, quia etiam loquitur in donatione ecclesiæ facta, quæ nũquam moritur, *c. quoniam abbas. de of. de.* præterea etiam donatio causa mortis transfertur ad hæredes: pone testatorem promisisse & mortuum post promissionem, certè donatio purificatur: ideo transfertur postea ad hæredes donatarij, vt in eadem l. 1.

Ecclesia nunquam moritur.

¶ Obstat fortius ratio posita in illa lege, prout ego eam ponderaui: sed respondeo, quòd illa non est ratio, ex qua mouetur ad perficiendum donationem, sed est effectus quidam, vel ratio pendens ab ipsa dispositione: probatur, quia ante illum text. illa oratio non erat vera. Nam non erat necessarium, vt quod ego promisissem pacto, id cogerer soluere, sed ex illa dispositione sequitur: itaque est ratio pendens ab ea, & non valet consequentia exclusiua vnius effectus ad alium, quia & hoc potest operare & aliud. ¶ Vel fateri poteris, quod illa lex, si quis argentum, loquitur in donatione simplici, & quod illa dispositio noua fuit introducta in tali donatione simplici, quod probatur in *§. alia. instit. de donat.* quia in §. præcedenti fuerat tractatum de donatione causa mortis tanquam de quadam donationis specie, deinde ponitur alia species donationis, scilicet simplicis, & in ea ponitur dispositio legis, si quis argentum, *vt patet in §. perficiuntur quod subsequitur post §. alia.* dico ergo, quod & si id dispositum sit in do-

Inclusio vnius non est alterius exclusio.

Digitized by Google

in donatione simplici, habebit etiam locum in donatione causa mortis, quia eadem est ratio, vt supra dixi. ¶ Restat videre vltimò, an cum 81
tex. noster dicat, quod pacta ex interuallo nõ insunt, id omnino sit verum. Paulus de Castro *hic in prima col. in medio, & in secunda ante medium* tenet, quod id est verum in accidentalibus ipsius contractus, secus est in essentialibus vel substantialibus, quia etiam ex interuallo pacta insunt, *vt l. pacta. de contrahen. emp.* ¶ Sed dubitari potest de hoc, quia cum pactum sit super substantialibus, mutatur primus contractus: ratio, quia mutatur substantia. Ita dicit Paulus Iurisconsultus, *in eadem l. pacta. versi. Paulus not. at.* si enim augeatur vel minuatur precium, noua est emptio: *probatur l. si vnus. §. sed si pactum. inf. eod.* si ergo primum per secundum tollitur, quomodo est possibile quod in primo insit? itaque ista videntur pugnantia. Pro Paulo tamen facit gloss. & tex. *in §. adeo. inf. eod.* vbi text. dicit, quod adeo conuentiones, quæ ex eodem sunt contractu, postea factæ inerunt, vt constet in emptione, & cæteris bonæ fidei contractibus, re integra posse abiri ab ipsa emptione. Itaque etiam quando à contractu receditur, dicitur etiam pactum inesse. & ita glos. dicebat in verbo, *ex eodem.* id est, de substãtia. Ergo insunt ea pacta, quæ sunt de substantia: responderi potest, quod pacta quæ ex interuallo fiũt, non insunt, maximè cum mutatur substantia. Nec obstat §. adeò, quia ibi non vult Iurecon-

ſultus vt pacta ſuper ſubſtantialibus ex interuallo celebrata inſint, ſed argumentatur à natura contractuum bonæ fidei, quod adeo pacta cenſentur ineſſe, & adeo iſtæ conuentiones habent interpretationem ab ipſo conſenſu, quod in totum contrario conſenſu mutari poſſunt: non tamen intelligas, quod contrarius conſenſus ex interuallo inſit: niſi diceremus quod cenſetur ineſſe, quia cenſetur renouatus, *vt in §. ſi igitur. inf. eod.* Sed cogita.

SVMMARIVM AD §. Prætor ait.

1 *Pacta an eo ipſo actionem & exceptionem producere debeant, quod Prætor ea ſeruari præcepit.*

2 *Pacta conuenta quæ dicantur.*

3 *Pactorum edictum pacta omnia comprehendit, nedum liberatoria, & an etiam contractus nominatos. & nu. ſequen.*

5 *Edicta quibus ex cauſis à prætoribus emitterentur.*

6 *Intellectus ad l. ſtatuas. ff. de acq. rerum dom.*

7 *Intellectus ad l. nam & ipſum. ff. de iuſtit. & iure.*

8 *Intellectus ad §. quos autem, inſti. de bonorum poſſeſſ.*

9 *Prætores habuerint necne poteſtatem legis condendæ, an verò eorum edicta, à comprobatione populi auctoritatem ſumpſerint.*

10 *Legum correctio aut additio, eandem auctoritatem*

Digitized by Google

28 *Actio quæ oritur ex contractu dolo vel metu facto, quare dicatur iusta & efficax: exceptio autē aut replicatio, contra quam obijci potest de dolo, non sit iusta aut efficax.*

29 *Hæreditatem acquiri ei qui per metum & inuitus adit: licet bonorum possessio non possit agnosci per vim vel metum: & cur tam variè.*

30 *Bonorum possessionē vi vel metu agnoscens, an censeatur adire iure ciuili hæreditatem.*

31 *Intellectus ad leg. si mulier. §. fin. ff. quod metus caus.*

32 *Repudians hæreditatem dolo, vi vel metu, an censeatur repudiasse bonorum possessionem.*

33 *Constitutum metu factum est nullum.*

34 *Pacta contra senatusconsultum facta, prætor rata non habet.*

35 *Actionem tolli per exceptionem, non ipso iure, cum à lege dicitur ne actio detur. & an idem dicendū sit in criminalibus. num. sequen.*

RAETOR AIT. In nomine Domini, in isto §. procedam per oppositiones, & per eas multa vtilia & non minus subtilia exarabo. §. iste est quoddam thema & vniuersale principium istius tituli. & idcirco cum sit summa totius materiæ, eum non summabo. ¶ Primò hic dicitur, quod Prætor [a] pacta seruabit. Contra hoc opponitur, quia quando lege aliquid præcipitur obseruandum: competit actio & exceptio, *vt l.*

[a] Materiā Prætoris, *vide Spec. in tit. de cita §. sequitur videre. ver. citatio aūt. & in ti. de loc. §. 2. Alberic. de Ross. & Bar. in l. si quis id quod ff. de iu om. iudi.*

vt l. statuas. de acq. rerum do. notatur. in authen. sacramenta. in verbo, seruandum. C. si aduersus vend. Bar. latè. l. 1. inf. de condict. ex lege. ergo ex quolibet pacto dabitur & actio & exceptio : sed hoc non est verum *per §. sed cum nulla. sup. ead. lege.* ergo lex nostra malè dicit, pacta esse obseruanda. Respondet Bar. & ingenuè fatetur, se ignorare aliter soluere, quàm aliqualiter diuinando ex continuatione glos. primæ, & dicit, quod in edicto plura continebantur, scilicet quod pacta quædam producebant actionem, quædam exceptionem. nunc his enumeratis, Prętor dicit *in nostro §.* de quibus ipse senserit, scil. quod dabit actionem vel exceptionem ex pactis, nõ dolo vel fraude legis vel contra legem factis. Vnde istud verbum *seruabo,* declaratur ab his quæ erant aliàs in edicto : seruabit enim ex aliquibus dando àctionem, ex aliis exceptionem secundum præposita in edicto. Hæc est intentio Bart. De qua solutione dicit, nunquam se verbum vidisse, quia Doctores ante eum non fecerunt hanc oppositionem. Raphael Ful. aliter respondet, ipse enim non vult diuinare, sed dicit, quod edictum Prætoris loquitur de pactis liberatorijs tantum. Paul. de Cast. sentit, quod per istum §. non corriguntur iura superiora, in quibus dicitur ex pacto non oriri actionem. ideo secundùm ea intelligendus est iste §. ad euitandam legum correctionem. Idẽ tenet Martinus Lauden. vt refertur hîc à Moder. Moderni tenent aliam expositionẽ, quod Obiectio

ista verba, *pacta seruabo*, intelligenda sunt quando habilia sunt ad actionem, scilicet quando pacta sunt vestita: aliàs si nuda, seruabũtur exceptione Bal. *l. ex placito. 2. col. de rer. perm.* C. dicit quod ideo ex verbis istis, *pacta seruabo*, non caussatur actio, quia edictum Prætoris est causa vniuersalis, & vniuersalia sine causis inferioribus nihil operantur, nec gignunt. vt puta, sol hominem non producit, nisi cum inferioribus causis ad actum congruentibus: ita Prętor ex suo edicto nihil agit, nisi contractus interueniat, ex quo conflctur obligatio & actio.

¶ Videamus ex ordine qua quisque ratione sibi constet. Bartolus etsi aliqualiter bene videatur loqui, tamen certè vt ipse fatetur, fingit, & fictionem sumit à gloss. 1. quæ nõ loquitur in edictis, sed in legibus, & §. superioribus, qui non sunt pars edicti, sed emanarunt à Iureconsultis ad declarationem huius edicti. Idcirco non constant de alijs verbis edicti, nisi de his, quæ in isto §. ponuntur. Ista tamen per totum titulum declarantur, vt videmus initiũ à lege 1. sup. eod. in princ. vbi incipit Iureconsultus ab edicti intentione. Item ego dubito, an Bar. verum sentiat in hoc quod per ista verba, *pacta seruabo*, in edicto posita, ex aliquibus datur actio, nam secundùm hoc sequeretur, ꝙ ex quolibet contractu nominato competet actio prætoria ex edicto pactorum: quia quotiens lege aliquid dicitur obseruandum, datur actio *per legem, statuas.* & illa regula verificatur

fal-

Digitized by Google

ſaltim in pactis veſtitis, ſecundùm Bar. *facit lex quotiens. infra, de oblig. & act.* vbi quotiens lege noua aliquid præcipitur, noua introducitur ab illa lege obligatio: ſed hoc eſſet falſum, vt ex noſtro edicto detur actio prætoria. ergo falſum erit, quod aliqua pacta ſeruentur eo modo quo Bart. intelligit. item ex hoc ſequitur, etiam Modernos Papienſes malè intellexiſſe, cum illa verba intelligenda dicāt, pacta ſeruabo, actione ſcilicet quando habilia ſunt, nam etiam ſecundum hoc ex edicto competit actio. ¶ Item nec nimis placet intellectus Pauli de Caſtro & Marti. Laud. vt dicamus quod aliquando ſeruabuntur actione: aliquando exceptione: ne dicamus quod noſter §. corrigat §. ſed cum nulla, nam impoſſibile eſſet hoc, vt noſter §. corrig[illegible] ſuperiores leges, quia §. noſter eſt edictum, & ſuper iſto edicto ad eius expoſitionem fuerunt editæ leges, & §. ſuperiores, & priores non reuocant leges poſteriores, *vt in c. 1. de conſti. lib. 6.* vnde non eſt dicendum, quod verba edicti ſint habilia ad deſtruendas leges exponentes, ſed ego dicerem quod hoc cauſatur, quia non rectè iſta iura intelligimus.

¶ Nec obſtat, ſi quis diceret ꝙ noſter §. eſt ex ordine poſterior, quia hoc nihil facit, quia eſt ordo literalis & nō intellectualis: vt patet *in l. 1. in prin. ſu. eo.* vbi edicti intentio cōmendat̄. ¶ An aūt do. Rapha. bene dicat, & prima facie videt̄ ꝙ verè ſentiat: quia Prętor † dicit pacta cōuēta 2
ſeruabo, ſed id dicit̄ pactū cōuentū, quod ſtat

in ſolo nomine conuentionis, *vt l. pacta conuenta. de contrah. emp. l. ſi vnus. §. ſed ſi pactum. infr. eod. & in §. quinimò. ſup. iſta l.* ergo pacta nuda ſeruantur, ſcilicet exceptione, *vt in §. ſed cum nulla.* quia actione non obſeruantur. Vnde eſt, quod ſolum liberatoria valebunt, quia pro actore nõ habent actionem, *vt in §. quinimò.* Item hoc ſuadetur, quia ſola ęquitate naturali Prætor pacta obſeruat, *vt l. 1. in princ.* ſed æquitate naturali oritur ſola exceptio, *vt l. qui æquitate. de doli except.* Item facit quia ad contractus veſtitos non erat neceſſe prodere edictum, quia habebant iuris efficaciam. Vnde ad pacta nuda fuit neceſſe, quod edictũ emitteretur. Hinc eſt quod totus iſte titulus loquitur de pactis, ſcilicet in ſolo nomine pactorum exi[illegible]ibus, in quibus ſolum competit & exceptio[illegible] *ſed cum nulla. & §. quinimò.* His tamen non obſ[illegible]ntibus, credo,

3 quod † edictum omnia pacta comprehendat: hoc probatur, quia in l. prima declaratur, quid illa verba, *pacta conuenta*, in edicto poſita, ſub ſe comprehendant, & diffinitur pactum: eſt enim duorum conſenſus, & conuẽtio eſt idem: adeo quod in quolibet contractu de mundo eſt conuentio & pactum, quod eſt idem, vt ibi probatur, & ſatis declaraui. Vnde non eſt dicẽdum, quod pacta tantum liberatoria comprehendantur in iſto titulo vel edicto: & quod vltra liberatoria cõprehendantur, probatur *l. ſi quis in conſcribẽdo. C. eo.* vbi Imp. citat noſtrũ edictũ, & tñ non erat pactũ liberatoriũ. Itẽ probatur

Pacti definitio.

batur *in eodem §.sed si pactum,in versi.idem dicemus.* vbi pactum conuentum proficit ad actionem, ergo pacta conuenta non sunt solum liberatoria. Item probatur *in eadem l.si vnus.§.pactus ne peteret*,vbi fuit factum pactum vt peteret. sed fateor quod *ibi & l.si quis in scribendo* ex pacto datur replicatio. ¶ Non obstat primum fundamentum, quia pacta conuenta etiam verificantur in contractibus nominatis, *vt patet in eodem,§.sed si tale versi.idem dicemus & satis apparet in eadem l.pacta,& l.1.su. eo.in §.adeo.*

¶ Non obstat fundamētum: *de d.l.qui æquitate.* quia fateor quod æquitate detur exceptio: tamen non per hoc negatur, quin possit dari actio: *patet in l.1 de constituta*,vbi ex æquitate dat Prætor actionem, *idem in l. 1. de dolo. infra.* cum simi. sed id pondera, quod aliter datur ibi actio,& aliter hic vt inferius videbis. ¶ Non obstat vltimum argu.quod ad contractus nominatos non fuit necesse emittere edictum: fateor, sed nego quod non fuisset vtile, videmus enim quod etiam in contractibus nominatis, habentibus propriam actionem, prætor dat actiones:*vt l. 1. cum similibus, infra com. & inferius videbimus.* Item non possumus negare, eandem esse rationem fidei & pacti obseruandi in pactis vestitis, prout in nudis. ergo Prætoris remedium vtrunque concludet, cum & verba & ratio conueniat exemplo bonorum possessionis, *vt in §. minus. instit. de hæred. quæ ab intest. def.* Habes ergo oppugnatam Raphaelis opinio-

Obiectiones. 4

nem, quam memini diſputatiuè tenuiſſe: ſed tu cogita.

¶ Item nec aſſidendum eſt ſententiæ Baldi, qui ob hoc dicebat non patere actionem, quia edictum erat cauſa vniuerſalis, prout ſol. &c. tamen iſta ſimilitudo, etſi ſit naturalis, peccat: quia ſecundum hoc ſequeretur, quod ius ciuile non poſſet vno præcepto dare actionem ex qualibet honeſta conuentione, & tamen hoc falſiſſimum eſt: vt apparet ex intentione legis legitima, ſu. eo. Item probatur contra Bal. quia ius canonicum præcepit pacta ſeruari, & ex hoc pręcepto vniuerſali oritur actio ex quolibet, etiam ſecundùm eundẽ Bal. ergo Bal. non bene loquitur: credo quod ſimilitudo in hoc diſſonet, quia ius eſt cauſa efficiens in obligatione & actione. *vt probatur inſti. de obliga. in prima diui.* & ibi Chriſtophorus Porca. vbicunq; ergo ius aſſiſteret vel approbaret conuentionẽm, eam facit prægnantem vt gignat obligationem & actionem, *quod ſatis probatur ex lege legitima.* ſed hoc videmus non eſſe verum in ſole. Eſt enim cauſa vniuerſalis remota, nec vidimus aliquam mulierem ex ſole peperiſſe, niſi figmenta poetarum vera eſſe credamus: ſed pacta etiam nuda paſſim videmus prægnantia ab ipſa lege, vt *l. legitima. & l. etiam, infra de vſu.*

¶ Quid ergo dicendum in iſto puncto? quippe quod tot tantique illuſtres non luſtrauerint ignoro, qua ratione oculi noſtri qui in

in obscuro sunt lustrare possint, sed omnipo-
tens pater miseros quam sæpe intuetur. Ego† 5
itaque pro nunc considero modum edicto-
rum: cum enim Prætores iuri dicundo præ-
positi essent, ipsi in albo prætorio edictum
præmittebant, quo nunciabant id ius quod
dicturi forent, vt vnus quisque præmunitus
veniret. Hoc sumpsi *ex lege secunda, Paragrapho*
eodem tempore. supra de origine iuris. item consi-
dero quod Prætores edicta aliquando mitte-
bant iuris ciuilis iuuandi, vel ei addendi gra-
tia. *lege ius autem ciuile, supra de iustitia & iure.*
quo fiebat, quod in his casibus in quibus à iu-
re ciuili oriebantur actiones, etiam eadem à
Prætore darentur, & de his edictum mittere-
tur, *vt probatur lege 1. infra commo. & lege 1. infra*
si pars hæredi. petatur. satis latè dixi, *in Paragrapho*
& ideo, in penultima columna, supra eadem lege. Item
nota quod ista edicta ad iudicium referreban-
tur, id enim ius in his cōtinebatur, quod Præ-
tores in iudicio reddituri erāt, vt supra. & hoc
est, quod talia edicta quasi semper loquuntur
in tempore futuro: dicebat enim prætor, pa-
cta seruabo, quod intellige, sc. in iudicio, ap-
probando actionem si eam habeat à iure ci-
uili. item dando exceptionem ex ipsa æquita-
te naturali, qua fuit motus, *vt lege prima, supra*
eadem, & lege qui æquitate, infra de doli exception.
Itaque istud verbum, *seruabo*, refertur ad id
quod Prætor faciet in iudicio: id tamen fecit,
quod permisit actionem si ea competebat;
si au-

ſi autem ea non competebat, dabat ſolam exceptionem ex æquitate. Quod in factum fuiſſe, probatur ex interpretatione iureconſultorum, *vt apparet in lege noſtra in principio* quædã enim pariunt actiones, quędam exceptiones, &c. idem *in §. ſed cum nulla ibi*: igitur nuda conuentio actionem non parit, ſed parit exceptionem: hanc credo ego veritatem.

6 ¶ Reſpondeo *ad l. ſtatuas*, & prima facie nihil videtur obſtare, quia dicitur quod aliquando ex præcepto vel prohibitione legis competit actio, aliquando exceptio, ita ergo in noſtra lege: quandoque ſeruatur actione, quandoque exceptione. Item ibi cum datur exceptio, adimpletur legis præceptum vel prohibitio, ergo & hic, quia ſaltim ſemper dabitur exceptio, cum ex pacto quis ſe defendit. Vel verius ſolue, quod etiam ſi vera ſit hæc concluſio, quod quando lege ſeruandum aliquid præcipitur, ex tali diſpoſitione competat actio, vt videmus in iure canonico: tamen ſi iſta verba *pacta ſeruabo*, referantur ad iudicium, & ibi Prætor ſe ipſo facto declarat: certũ eſt, quod eam habebunt interpretationem, quam Prætor dederit, & ita debemus intelligere illam regulam cum tali moderatione, ſcilicet niſi obſeruantia aliter ab obſeruante declaretur. Facit quod contractum, cui lex reſiſtit, validũ dicimus, quando lex ſe aliter declarat, *vt traditur in l. non dubium. C. de legibus.* at ſi quis diceret ex ſupradictis concludi, quod ex iſto edicto com-

competat actio in casibus, in quibus alias à iure ciuili actio nascitur, sed hoc est falsum, vt ipse supra dixi.

¶ Respondeo quod non sequitur, quia Prætor non seruat pacta ipso edicto, sed dicit se in iudicio seruaturũ, scilicet ipsa actione, quæ ciuili iure competit, *vt l.1. infra commodati*, & ita illam legem intelligas: Iuuandi enim iuris ciuilis gratia, ius prætorium sæpè introductum est, *vt in d. l. ius autem ciuile*. Fateor tamẽ, quod si casu proposito coram Prætore, vt puta cõmodati, ipse dedisset commodati iudicium: tunc illa actio comprobatione posset dici prętoria, *vt l.1. eo. tit.* sed has non appellamus prætorias actiones. ¶ Item hæc nostra consideratio comprobatur à Bart. *l. nam & postea in prin. 1. col. in medio, de iureiur. infra.* vbi dicit, quod Prætor in edicto pactorum respiciebat finem & effectum causæ, non autem causam seu principium: nam dicit Prætor pacta seruabo, & non dixit actionem dabo. Itaque illa obseruãtia est effectus actionis aliàs competentis vel exceptionis, quæ ex ipsa æquitate competit, vt est de mente Bart. ibidem. ¶ Ex superioribus 7
infero primò verum sensum *ad l. nam, & ipsum. su. de iusti. & iure.* vbi tex. dicit, nam & ipsum ius honorarium, quasi viua vox est iuris ciuilis: certè nisi hęc prępsupponantur, obscura est illa Iurisconsulti sententia, quare ibi quasi viuam vocem, ius prætorium appellauerit. quod ideo est, quia voce ius reddebatur, & edicta prætoria ad

ria ad iudicium se referebant, vbi à Prætore ius reddebatur: at cum ius ciuile per edicta adiuuetur, ideo appellatum fuit ius prætorium, quasi viua vox ipsius iuris ciuilis. Teneas menti hunc sensum, quem prout plura alia, ipsa sola natura & continua legum speculatio me
8 docuit. ¶Secundo infero ad intellectum *§. quos autem. insti. de bonorum poss.* & præsuppono, quod quos p̃tor vocat ad bon. pos. hæredes ipso iure non facit, sed tunc fiũt hæredes ipso iure, quãdo senatusconsultum vel alia lex defert hæreditatem: ita dicit Imperator ibidem. Sed quæritur quæ est ratio, quare Prætor ipso iure quẽ hæredem non facit? respondent doctores, quia prætoris potestas & iurisdictio erat minuta, non enim habebat potestatem legis cõdendæ per prius, sed per posterius: Nam cum ipsi proponerent edicta, illa non habebãt legis potestatem, sed postea à populo recepta & comprobata sunt: vnde à posteriori comprobatione vim legis habent. Ita Paulus de Castro in rub. C. qui admitti. & Bulga. Modernus Senensis ibidem, nam dicunt quod ex dignitate & honore talis magistratus, eorum edicta pro legibus populus recepit, & inde ius honorarium appellatum est. *vt in dicta lege ius autem ciuile.* & ideo est, quod Prætor non facit quem directo hæredem: Item ideo est quod eorum remedia annalia, aut intra annum erant: *vt insti. de perpetuis & tempo. act.* quia eorũ officium anno conterminabatur. Ex his cætera

Digitized by Google

tera infert ipse Bulgarinus, vt eum ibi videre poteris. ¶ Sed primò ego dubito an rectè sentiant, quod prætores non habebant legis condendæ potestatē, & quod edicta prętoria non habeant legis vim à sua potestate vel iurisdictione, sed à posteriori populi comprobatione. 9 Dubitationis causa oboritur ex inferioribus: primò facit tex. *in §. prætorum, insti. de iure naturali, gentium & ciuili.* vbi text. expressè dicit, quod prætorum edicta non modicam habent iuris auctoritatem: quia magistratus qui honores gerunt, huic iuri auctoritatem dederunt. Pondera ergo, quod magistratus, id est prætores, *vt in dicta lege 2. §. eodem tempore.* huic iuri auctoritatem dederunt: Idcirco miror, quod posterior comprobatio populi auctoritatem iuris dederit: cum ex illo text. constet ipsos prætores auctoritatem dedisse.

¶ Item hoc confirmatur, *ex Paragrapho sed eas quidem. institut. de bonorum possess.* vbi dicitur: sed eas quidem bonorum possessiones, quas prætoria introduxit iurisdictio: igitur à prætoris iurisdictione procedunt. *facit Paragraphus 1. insti. de obligation.* prætoriæ obligationes sunt, quas prætor ex sua iurisdictione constituit, *idem in Paragrapho. sed istæ quidem, institut. de actio.* prætorias actiones quas prętor ex sua iurisdictione comparatas habet. *& in Paragrapho pœnales, eodem titul.* pœnales quoque actiones prætor penè multas ex sua iurisdictione introduxit, *& in Paragrapho præiudiciales eod. tit.* ibi: nam

Obligationes prætoriæ quæ.

nam istę ex ipsius prætoris iurisdictione substantiam capiunt. *vt insti. de perpetuis & temporalib. act.* eas verò quæ ex ppria prætoris iurisdict. pendent. *item insti. de diuer. sti.* ibi: prætorię sunt quæ à mero prætoris officio proficiscũtur. Ex his ergo colligitur, ab ipsa iurisdictione prætoris edicta prætorum suam vim habuisse, nõ autem à comprobatione posteriori. Quod et-
10 iam ratione probatur, certum † est, quod eadem iuris potestas requiritur in additione, & correctione, & emendatione legum, quæ requiritur in condendis legibus: probatur *in cle. ne Romani. de elect.* vbi dicitur, quod Cardinales nec addere, nec minuere, nec corrigere possunt constitutiones papales: quia sunt eo inferiores. Par ergo potestas requiritur ad correctionẽ vel emendationem, *vt in c. innotuit, de elect. le. ille à quo. §. tempestiuum ad Trebe. ff.* & hoc constat, quia qui addit aliquid de nouo, nouã legem facit, *vt l. 1. C. de emenda. Iusti. C.* & inferior legẽ superioris corrigere non possit. *c. cum inferior de maio. & obe.* & dicitur *in c. si. in medio 25. q. 1.* quod dominus erat docens in templo, addens & emendans vt dominus legis, sed scribæ & Pharisæi hæc facere non poterant: quia supra legem authoritatem non habebant, sed prætores habebant potestatem iura & leges emẽdandi, addendi, & corrigendi. *vt in dicta l. ius autem ciuile.* Ergo non erat sua potestas minuta & inferior legibus: Item videmus, quod Prætor semper duce æquitate fungitur suis dispositioni-

Legem nouam facit, qui addit aliquid de nouo.

ſitionibus, ſed iniquum eſt, vt in his ſe intromitteret, in quibus iuriſdictionem nõ habet, *in c. nouit, de iudicijs in prin.* Igitur cum Iureconſultus dicat, quod ius prætorium introductũ eſt à prætore iuris ciuilis emendandi gratia: conſtat ipſum voluiſſe ius introducere & introduxiſſe. Nõ ergo tam inique agebat æquitatis magiſter, vt ſine introducendi poteſtate introduceret. Vnde dicendum eſt, quod non 11
† ex impotentia Prætor quem hæredem non fecit, ſed ex alia cauſa, quæ quidem poteſt colligi ex his quæ ſupra diximus: Nam prętoris edicta quaſi ſemper ad iudicium ſe referebant, vt conſtat in edicto pactorum, *vt in l. 1. de mino. l. 1. de dolo. l. 1. quod metus cauſa, l. 1. de conſtituta.* & edictum bonorum poſ. tale erat, vt ad iudiciũ ſe referret, deferebat enim bonorum poſſeſſionem in prætorio albo dandam, tamẽ in iudicio *vt l. 1. §. qui ſemel, de ſucceſ. edict. & l. 1. infra. vnde cognati.* vbi Prætor inuitat ad bonorũ poſ. Ex eo ergo, quod inuitet ad bonorum poſſeſſionem à ſe in iudicio dandam, non ſequitur datã eſſe bonorum poſ. & hoc eſt quod dicit tex. *in §. quos autem.* quos autem vocat prætor, hæredes quidem ipſo iure non facit: nõ enim ſequitur, quod ex quo vocat eos ad bon. poſ. dandam, ſit ipſa data. Imo iſta eſſet repugnantia quædam, & ideo ſubſequitur, quod cum prætor dat eis bonorum poſſeſſionem, loco hæredum conſtituuntur. Itaque ex delatione non habẽt bonorum poſſeſſionem, ſed poſt-

quam ei est data, & tunc in omnibus habentur loco hæredum, vt ibi dicitur, & est expressus tex. *in l. 2. ff. eo.* de cuius tex. intellectu Deo duce, dum dabitur occasio, plura noua dicemus. Hoc ergo est quod hæredes ipso iure nõ facit, sed destinat bonorum possessionem. at si replicare velis ex verbis text. dum dicit, nam prætor hæredem facere non potest: ecce quod negat potestatem; fateor quod negat potestatem ipso iure, quia ex illa delatione non potest facere hæredem: esset enim sibi contrarius, & adhuc de Deo dubitatur, an sibi pugnantia, possit efficere vera, non tamẽ negandum est, quod prætores non haberent potestatem hęredem ipso iure faciendi, inspecta potestate sua generali, per supradicta. Sed attendo ordine suo & delatione sua, non possunt ipso iure facere hæredem. Facit quod tenet Bal. & Rim. *in l. debitori. C. de pactis*, ꝑ tex. ibi, quod prætor viuus potest quem facere hæredem: Sed nullam inuenient potestatis differẽtiam, si rectè considerent. nec hæc mentem tuam exasperent, nam si nostra audires, quæ ex mente Iureconsultorum in bonorum pos-
12 sessionibus nouimus, ista verissima crederes. ¶ Vnde infero, quod id quod dicit Paulus de Castro, quem cæteri aut expresè aut silentio approbant, non est verum, scilicet quod ideo prætoris tempus ad agnoscendam bonorum possessionem includitur anno, quia officium

&iu-

Digitized by Google

& iurisdictio eorum erat annale, *vt instit. de perpetuis & temporalibus actionibus in princi.* Videmus quod hæreditas à iure ciuili defertur in annis 30. *l. licet. C. de iure deli.* sed bonorum possessio liberis defertur per annum, extraneis per c. dies, *vt l. 1. §. largius. de succes. edi. & le. 2. quis ordo in bo. pos. ha.* cuius ratio, secũdum Paulum, est angustia prætoris potestatis: sed istam rationem ego facilime nego: quia assumo veram rationem à Iureconsulto *le. 1. in prin. de succes. edi.* vbi docetur vera ratio, scilicet ne bona hæreditaria vacantia sine hærede diutius iacerent, & ne creditoribus longior mora fieret, sed cognoscant suos debitores. Ideo tempus fuit arctatum. Easdem rationes reddidit Imperator *in §. cum igitur, insti. eo.* hæc est ergo vera & æqua ratio: non quam fingit Paulus de Cast. Et quod ea non sit vera probatur: quia regulariter dãtur c. dies: ergo non est ratio temporis coarctati scilicet officium annale: aliàs daretur annus: filijs autem & parentibus, in indulgentiam sanguinis, annus conceditur, *vt l. 1. §. largius supra al.*

¶ Item finge bonorum possessionem mihi esse delatam in fine anni ipsius magistratus: quippe habebo tempus c. dierum integrum, quod tamen non haberem si à prætoris iurisdictione conterminaretur bonorum possessio: quia ante c. dies eius imperium expiraret. ꝑterea facit tex. *in l. 1 in fin. ver. infra de interdi.* vbi dicitur, interdicta aliqua ãnalia, alia perpetua

ſunt & tamen conſtat omnia eſſe prætoria. Non obſtat tex. *in prin. inſti. de perpetuis act.* quia etiam ſi dicatur, quod prætoriæ actiones añales ſunt, cum & prætoris imperium per annũ duret: tamen hæc non eſt ratio & cauſa neceſſaria, ſed eſt quædam aſſimilatio. Probatur per eundem text. quia dicit, aliquas actiones etiam prætorias perpetuas eſſe, vt actiones quas trãſfert prætor per bonorum poſſeſſionem vel furti manifeſti. Conſtat igitur cauſam nõ eſſe: nam ſi cauſa eſſet, ſemper eſſet vera.

Cauſa ſemper vera. ſi vera non eſt, nõ erit cauſa.

13 ¶ Item ex his inferas contra doctorum intentionem, quod non dicitur ius prætorium honorariũ, quia prætores in hoc honorarentur, vt edicta ſua pro legibus à populo reciperentur. Nam à priori cauſa, ideſt à prima poteſtate legum, honorem habebãt, ſed ob hoc dicitur ius honorarium, quia prætores, qui honores gerunt, huic iuri authoritatem dederunt. Ita colliges *ex §. prætorum, inſt. de iure natu. genti. & ciui.*

14 ¶ Præterea† ex his deſtruuntur ſimilitudines Bartol. *quas facit lege ſecunda de bonorum poſſeſſ.* quod Marchiones & duces noſtri temporis ęquiparentur prætoribus, qui habebant minutam quandam iuriſdictionẽ. Item ex hoc etiam infertur cõtra Bulga. qui reprehendit Bart. *in rubrica. C. qui admitti 2. colum.* vbi dicit, quod aut duces habent poteſtatem dandæ bonorum poſſeſſionis, & tunc non æquiparantur prætoribus: quia prætores non habebant eam, etiam ſi poſtea fuiſſent eorum

edicta

edicta confirmata. Aut non habent potestatem, & non poterunt æquiparari, nisi eorum leges à populo reciperentur. Et sic Bartol. reprehendit, sed etiam malè. Quia si habent potestatem dandæ bonorum possessionis, rectè prætoribus æquiparari possunt, & si Barto. mala ratione æquiparationem faciat. Præterea ex his destrues aliam annotationem quam facit ibidem Bulga. contra Bald. qui dicebat, quod cum magistratus nostri temporis, æquiparentur prætoribus, possunt corrigere & emendare statuta. Dicit ipse, quod si valet æquiparatio, non possunt corrigere vel emẽdare, quia prætores non poterant, nisi sua emendatio comprobata fuisset. Quippe si valeret argumentum & æquiparatio, rectè sequeretur, quod corrigere & emendare possent. Sed an valeat, non est nostræ speculationis. Aliæ illationes & declarationes ad edicta essent hic tradendæ, quæ per se exigunt repetitionem, eas idcirco omitto, quandoque eas scribam, quia necessariæ sunt ad innumeras leges intelligendas. Secundo oppono *de capite 1. de pactis.* vbi eodem modo dixerunt vniuersi quod pacta seruentur, & tamen data est actio secundum communem & veram opinionem. Respondeo, quod ibi est præceptum vt seruentur, ergo necesse est seruari, vnde oritur obligatio, vt in diffinitione obligationis. Hic autem dicit seruaturũ se prætor, Obiectio. Cõmunis opinio.

vnde ſtamus eius modo obſeruationis: videmus enim quod ipſe obſeruat pacta nuda, ſola exceptione. Eo ergo modo intelligimus prætorem ſeruaturum. Nec obſtat ſi quis allegaret *legem ſi quis in conſcribendo. C. de pactis*, vbi dicitur, omnino pacta eſſe obſeruanda, nam dic quod ibi Imperator ad edictum ſe refert, vnde ſecundùm edictum ea verba debent interpretari.

¶ Vnde dicas quod rectè dicit prætor pacta ſeruabo, nec expoſitio gloſſæ eſt neceſſaria:, id eſt ſeruari faciam: quia ad ſe referuntur iſta verba. Patet etiam in ſequenti verſiculo, cum dicit, dolo malo ait prætor pactum ſe nõ ſeruaturum. Item leg. prima vbi dicitur, fuiſſe æquum, pactum inter eos ſeruare. Idem dicitur *in leg. prin. infra de conſtitu.* nec eſt credendum, toties impropriè & prætorem & Iurecõſultos locutos.

Iurecõſultos impropriè loqui non facile dicẽdum.

15 ¶ Sed opportunè quæritur, quare eſt quod prætor omnia pacta non ſeruat actione, cum ipſe ſemper æquitate naturali moueatur? *vt in lege quod ſi Epheſi. infra de eo quod certo loco.* & conſtat in iſto caſu æquitate naturali motum, *vt leg. in princi. ſupra eod.* ſed videmus quod eadem æquitate omnia ſeruari deberent, tàm nuda quàm etiam veſtita. Probatur, quia fides in omni conuentione licita verſatur: eſt enim promiſſorum conſtantia & veritas, vt inquit Marcus Tull. *lib. 1. De off.* ſed quia fidem ſeruare conuenit æquitati, ideo prætor fuit motus, *vt leg.*

Fides eſt pmiſſorũ conſtantia & veritas.

leg. prima in prin. quare ergo tam iniquè agit, vt æquitatem æqualiter non obseruet? ¶ Pulchra est ista dubitatio, quę etiam crescit ab alijs gestis prætorijs: videmus enim, quod ipsa æquitate mitigat prætor iuris ciuilis rigorem, *vt in §. emancipati, insti. de exhered. li. cum similibus.* Item videmus ius canonicum eadem æquitate motum, non fecisse differentiam. Quidam Moderni, quorum tempestate nostra illustre nomen in scriptis istius anni, *in ru. de verborum ob. in princi.* dederunt talem responsionem, vt ostēdit mihi quidam eiusque discipulus, scilicet quod ea ratione prætor non mitigauit talē rigorem, quia quod non oriatur actio ex pacto nudo, ex hoc nō infertur aliquid damnū ipsi, cui promittitur: licet ei non acquiratur actio, ex quo non fit ei iniuria *arg. le. qui maior. §. sciendum. ff. de his quæ in frau. credi.* sed in hæreditate infertur damnum ipsis emancipatis, *vt in Paragrapho emancipati. & leg. fi. Codice de codi.* Hinc est, quod licet regulariter ex pacto nudo non oriatur actio: tamen si ex pacto infertur damnum ei, cui promittitur, tunc pactum debet obseruari, *L. eleganter. §. seruus pactionis. infra de dolo.* per quem text. dicit Bar. limitari totam materiam de pactis. Hæc est responsio Modernorum, super qua dicit cogitandum, & verè ego cogito eam non esse congruam: pace salua loquor. Obiectio.

¶ Primò ego considero, quod ipse nō respōdet difficultati, quia etiāsi respōsio fuisset suffi

ciens ad dandam differentiam inter prætoriam bonorum poſſeſſionem emancipatis delatam,& inter pacta nuda,quibus non eſt data actio: tamen dubium eſt quare æquitati nō deſeruiat prætor : imò contra ipſam omiſit pacta ſine actione: quod etiam vt ipſi Moderni dicebant, oſtendit ius canonicum cum ipſa æquitate ſe fundans, omnia obſeruet pacta. Itaque verè difficultati nihil eſt reſponſum. Imo ego dubito an quod dixerit verū ſit,quia ipſe intelligit damnum inferri emancipatis ex hæreditate nō delata,& ob eam cauſam à prætore delatam, quia illa hæreditas debebatur, *vt le. fi. C. de codi.* quod non eſt verum in pactis.

¶Ego quippe video idem,tám in hæreditate quam etiam in pactis,quia intēſius rē ipſam aggrediendo, ipſa hæreditas iure tātum naturali debebatur, antequam à iure prætorio fuiſſet delata. Hoc manifeſtum eſt, quia iure ciuili non debebatur,*vt patet in eodem §. emancipati. & in §. emancipatos inſti. de exhær. libe.* nec iure prætorio : quia tunc incipiebat ius prætoriū. *vt le. precia rerum. ff. ad le. fal.* debitum ergo erat à iure naturali vel gentium.*vt patet ex lege pen. §. omnia. C. de adop. probatur in eodem §. emancipati, & in §. minus. inſti. eod.* vbi prætor ſeruat ordinem iuris naturalis in deferenda bonorum poſſeſſione: quia tantum eo iure debebatur. & prætor id ius præcipuum ſequitur. ſed videmus in pactis idem eſſe: nam etiam ſi iure ciuili nec prætorio debeatur,quod nuda cōnuentio-

uentione promittitur, tamẽ eodem modo debetur iure naturali, & debitum eſt naturale, *vt l.1.ſup.eod. & l.Stichum.§.naturalis.de ſol.* non ergo dicendum eſt aliter in vno caſu, & aliter in alio. Imò ſi vni fit iniuria, fit & alteri: ſi vni non fit, nec alteri fiet. Nõ obſtat *lex ſi.C.de codi.* quia ſi ibi erat debitum, ideo eſt quia iure prætorio debebatur. Nam ſi ante ius prætorium id conſideramus, nullo iure debebatur niſi naturali. Nos autem loquimur, quare promiſſum non ſit debitum iure prætorio, cum ea ſit ratio naturalis. Item cum ipſe allegat *l.eleganter.§.ſeruus.* intellige quod ibi competit actio de dolo ad damnum, non autem ad conuentionem: ex quo non ſequitur, omne id eſſe debitum quod in conuentione deducitur, & ita debet intelligi Bart. de quo dicam in c.1.de pact. 16

¶ Quæ ergo erit ratio, quare ius a prætoriũ non dedit actionem? certè ſi eam dediſſet, facile cognoſceremus cauſam: tamen cum eam non dederit, eſt ceſſatio quædam, & ceſſantis cauſam reddere, eſt difficillimũ. Sat erit, quòd videmus in his ius prætorium terminos iuris ciuilis non exceſſiſſe, ſed miſit edictum non ad dandas actiones, ſed ad iudicandum ſecundũ ius ciuile: & hoc eſt quod dicit, pacta ſe ſeruaturum: quod dirigitur ad finem & effectum, non autem ad ortum actionis, *vt Bart. in dicta l. nam & poſtea. in princ.* ¶ Quare autem dederit bo 17
norum poſſeſſionem, conſtat: ratio, quia ipſe prætor aſſignat, ſcilicet naturale ius: quod ſe-

a Adde ad hanc materiã quod ius prætoriũ excludit tẽpus, nõ autem ius ciuile. *Bald. in l. matri. C. ad ſenat. Orfic.*

qui & imitari ius prætorium voluit. Nec sine ratione, quia tale ius naturale participat cum iure naturali, quod nobis inest: quia sumus entia: omni enim enti datur se ipsum conseruare, vt docet Boetius ex Aristotele, & declarat Paulus de Castro *le. vt vim. sup. de iustit. & iure.* At pater in filio conseruatur, vt tenent philosophi: Quo fit, vt iure quid nobis competit ex animantibus, scilicet ex genere nostro: veniat liberorum procreatio, *vt l. 1. §. ius naturale. infra, de iustit. & iure.* omni enim animanti datum est, ex se natos quasi se ipsum procreare. Inde naturali ratione speciali & gentium iure introductum est, vt omnia quæ habemus liberis relinquamus, ipsique nobis succedant, *vt in c. ius naturale. 1. di.* non ergo mirum, si prætor bonorum possessionem imitatione huius iuris detulerit. Sed si dixeris, quod detulit etiam alijs vltra liberos, fateor, tamen id est ex quadam consequentia rationis. ¶ Ex his credo, quod forsan fateri possumus validiorem rationem in bonorum possessione deferenda, quàm in danda actione ex conuentione nuda. Sed prætorem rationabiliter cessasse in danda ex pacto actione, ego nunquam credidi, quia videmus iure canonico eam esse datam, quod quidem ius perfectius sequitur ipsam iustitiam, vt inquit sanctus doctor.

Enti omni datur conseruare se ipsum.

18 ¶ Item subsequenter quæritur, quare est quod ius ciuile non dedit actionem ex nuda conuentione? Bal. Paul. & Raphael Cuma. dicebant,

cebant, quod ideo, quia sepe offerimus non ex mente nec ex animo, sed vt videamur gratiosiores, & ideo offerimus, quia credimus nõ acceptaturos eos cui promittimus. Hinc inferebat dominus Raphael, quod pactum geminatum parit actionem, quia deliberatum. Sed ista ratio stare non potest, quia elicitur ex fallaci quadam & turpi interpretatione, quæ quidem non fit à iure, sed à doctoribus. Ius enim nunquam præsumit mendacium. Quo fit, vt si quis ore dicat, se consentire, etiam vrgente grauissimo metu, iudicatur consensus, & actus valet, *vt l. si mulier. §. metu coactus. infra, quod metus causa.* Vnde † sanctus doctor *4. sen. dist. 29. artic. 1.* pungit eos, qui sentiunt quod ideo matrimonium metu contractum non valebat, quia nõ consensit qui metu contraxit, etiamsi dixerit se contraxisse: quippe inquit sanctus doctor, consensit ex quo dixit se consentire: quia ius nunquam presumit peccatum, nec mendaciũ, sed ideo non valet, quia liberè non consensit. Liberam enim voluntatem exigit matrimonium, *vt in c. cum locum. de spon.* quem text. ita intellige. Facit regula, semper quem præsumi bonum, nisi malus probetur. Nec Bald. & Paulus & Rapha. habuerunt eam sententiam quã sentiebant Tubero & Celsus Iureconsulti: cum inquiunt, se non arbitrari quemquam dicere quod non sentit: cæterum nemo existimandus est dixisse quod non mente agitauerit. Hæc sunt verba legis Labeo. §. item

Animum dandi non habet semper qui offert.

Mendacium non præsumitur. 19

Matrimonium debet esse liberum.

§. item Tubero. ff. de sup. leg. non ergo ius ciuile præsumit, pacto quem promittere id in quo non consentit. Facit regula, *Estote misericordes. de reg. iur. extra.* vbi ea etiam quæ bonã & malam interpretationem recipiunt, in bonã interpretantur, non ergo quem mentiri interpretari debemus.

¶ Alio fundamento Moderni prædicti dissentiunt à Baldi sententia, quod non refero: ipsi tamẽ nouam rationem conãtur formare, & talem. Certum est, quod pactum nudum est contractus innominatus, *vt notatur in l. 1. de oblig. & action.* in glos. magn. in fine, quã magni facit Bal. *in c. Quintavallis. de iureiuran.* sed in contractibus innominatis nõ oritur actio, sed est necesse quod habeant nomen: aut si nomen non habeant, quod habeant causam: quam si habent, non est pactum nudum, ideo ex pacto nudo non oritur actio. Hanc rationem se sumpsisse gloriãtur ex mente Iureconsulti, *in l. iurisgentium. in princ. iuncto §. sed cum nulla.*

Ratio sæpe non est ratio.

¶ Certè sua ratio non est ratio, sed est idem dicere, de cuius ratione quæritur. Ego enim scio sine doctrina glossarum, quod pactum nudum est contractus innominatus. Ratio, quia est pactum, & vltra hoc nomen aliud non habet, ergo erit innominatus, *vt l. 1. in fi. sup. eod. & in nostra lege iurisgentium. in princ. & l. si tibi. C. locati.* Item ideo dicitur nudum, quia nec habet nomen nec causam, *vt l. iurisgentium. §. sed & si. & §. sed cum nulla.* Imò id sentias, quod illi quatuor con-

contractus innominati respectiui, de quibus l.naturalis.infra, de præsc.verb.ea ratione sunt innominati, quia in pacti nomine remanent. Id est, quia specialius nomen non habent, nō quia sint respectiui. Respectus enim non causat differentiam à nominatis, vt patet in emptione, venditione, & locatione. Vnde omnis conuentio, siue respectiua, siue pura, non habens aliud nomen vltra conuentionem, dicitur contractus innominatus. Itaque quæstio nostra est, quare in contractibus innominatis & nudis, ex ipsa conuentione non oritur actio? dicere quod ea est ratio, quia pactum nudum est contractus innominatus, est non sentire difficultatem, quia eadem remanet quæstio: quare ius ciuile non dedit actionem contractibus innominatis. Et vt suprà dixi, est cessatio quædam: Ius enim ciuile approbauit cōtractus frequentiores, & qui in vsu gentium aut ciuitatis erant, & quibus contractibus speciale erat nomen, propter eorum frequētiam. Hoc enim euenit, vt eis quibus frequēter vtimur, aliquod nomen specialius à genere suo imponimus, & ita fuerunt nomina imposita, & actiones his datæ. illis verò contractibus, qui non erant in vsu speciali, nec nomen fuit indictum, nec à iure ciuili fuerunt approbati. Sed quare, ego non inuenio rationem, etiamsi reddi possit ratio de actione nominatorum: quia eorum obseruantia erat necessaria in ciuitate Romana, cum hi contractus essent frequentissimi,

Nomina specialia faciliusim ponimus rebus vsitatis.

Digitized by Google

tissimi, & necessarij ad humanam societatem.
20 Dicam hæc latius *in c.1.isto tit.* ¶ Secundò noto, quod ex approbatione prætoris non confirmatur pactum, adeo quod ex eo producatur actio. Hoc clarè constat *ex §.nostro*: quia prætor omnia licita pacta obseruat, & tamen ex ista comprobatione non gignuntur actiones.

¶ Contra hoc opponitur *de l.legitima.sup.eod.* & si respōdeatur quod ibi loquitur de lege vel senatusconsulto, replicabitur, quod prætoria edicta iuris habent autoritatem, *vt in §. pratorum.instit.de iure nat.gent.& ciu.& l.Ius autem ciuile.sup.de iusti.& iure.& supra vidimus in 1.op.* & ideo gl. *in eadem l.legitima* tenet, quod habet locum in comprobatione prætoria. Quod confirmat ibi do. Alex. & præsertim do. Ias. qui ex eadem lege hoc comprobat, cum ibi dicatur, aliqua lege: nam de significatione huius verbi est verificari, etiam in ampla & impropria significatione, *vt in cle.1.de foro competen.* ¶ Ego credo, quod non in ampla significatione, sed in eadem ratione concluditur, quod si prætor confirmaret pacta, ea necessariò obseruarentur: *probatur in l. obligamur. de oblig. & act.* vbi iure prætorio obligamur edicto prætoris, quotiens prætor aliquid præcipit vel prohibet. Et vt sup. dixi, non est minor potestas prætoris quàm Iurisconsulti, vt dicamus eum posse actiones dare, quas etiam sæpe videmus datas: sed respondeo ad edictum nostrum, quod hic non præcipit omnia pacta seruāda, sed dicit se seruaturum: quod

quod refertur ad effectum & executionē iur. ciu. quia prætor obseruabit in iudicio ius ciuile dando quandoque actionem, quandoq; exceptionem, *vt sup. declaraui.* & sentit Bar. *in d. l. nā & postea. in prin. inf. de iureiuran.* secus si præciperet ius prætorium pacta esse seruanda: quia tūc non video, quare non haberent efficaciam. Ex quo infero primò, quod male argumentātur Sali. & Moder. qui dicunt quod eodē modo præcipitur à prætore pacta esse seruanda, prout à iure canonico: sed à prætore propterea non datur actio, ergo nec à iure canonico. Certè malè inferunt: quia non eodem modo, nec eadem intētione loquitur edictum & ius canonicum: Et vt dixi, ex præcepto iuris canonici necessariò oritur obligatio & actio, prout etiam oriretur ex præcepto iuris prætorij, si præciperet, *vide Ang. in §. in personam. inst. de act. dicam latius in c. 1.* ¶ Secūdò infero, quòd malè intelligit glo. *l. si tibi. §. de pignore. inf. eod.* vbi pignoratitiam actionem ex conuentione credit glo. à nostro edicto esse prætoriā: idem tenet gl. *l. emaior. Cod. de pign.* Ex his intelliges, quæ dixi sup. *in leg. legitima. in 4. notabili.* ¶ Tertiò noto ex nostro edicto, quod pactum a factum

a Adde q pactū dolosū caret effectu, si opponatur excep. doli. *in l. cū postea. C. de pact.* hinc est q pacta contra public. vtilitatem nō valent, nec iuramēto firmari possunt. *Bar. in l. si quis pro eo ff. de fideius. & in l. iurisgentiū. §. si paciscar, isto t. & in l. Seius ff. ad l. Fal. et in l. habui. ff. 21 de admi. tuto. et in l. ius publicū isto ti.* Et quot modis dicatur pactum contra bonos mores. *Vid per Bal. in l. pactū C. de coll.* vbi dicit q trib. mod. *Bar. in l. si quis pro eo ff. de fideius.* hinc est notandū, q pactū contra naturā cōtractus valere pōt, sed factū in vno c. non extenditur ad aliud. *Bal. in addi. ad Spec. in tit. loca. & Valet pactū, et ibi Spec. in §. nunc aliqua, tamē* Bal. videtur sibi contrarius *in Marga. in Verbo pactū. Ver. A. Vide amplè Bar. in l. Vbi ita. de don. cau. mor. & in l. cū precario. ff. de precar. Abb. in c. si de prec. Bald. in l. etiam. C. ad senatusc̄ōsult. Velleian.*

fraude non eſt ſeruandum, probatur, ibi, Ne quo fraus cuique eorum fiat, ſeruabo. Oppono *de §. ſed & ſi fraudandi. inf. eod.* vbi interpretatur, quod ſi fraudandi cauſa factum ſit pactũ, nihil prętor edixit: quomodo ergo hoc poteſt eſſe verum? Reſpondeo, quod ibi loquitur de fraude facta parti, edictum tamen loquitur de fraude facta legi. Hæc eſt vera ſolutio. Sed contra iſtam ſolutionem oppono *de §. ſiue autem ab initio. inf. ead. l.* vbi iſta verba, *ne quo fraus cuique eorum fiat*, interpretantur de fraude facta à parte parti: dicit enim Iureconſultus, quod ſiue ab initio, ſiue ex poſt facto fiat dolus. Obſtabit exceptio, propter illa verba, *ne quid fiat.* id eſt, ne quo fraus fiat. Ecce ergo quod dolus factus parti includitur in illis verbis, ex quo ſequuntur duo, ſcilicet quod de fraude inter partes edixit prætor, item quod ſuperfluè dixit de fraude, cum in dolo includeretur, *vt in §. ſed ſi fraudandi.* ¶ Attende, quia difficilima eſt oppoſitio. etſi noua. Reſpondeo idcirco, & conſidero quod ſubtilior eſt intentio Iuriſconſulti *in §. ſiue autem.* & noto, quod edictum noſtrum loquitur quando pactum eſt factum dolo, ergo ſi dolo non fiat, etiamſi poſtea cõmittatur dolus, dicetur pactum à prætore ſeruandũ: quia verum eſt pactum factum ſine dolo: ſed quia quando dolus poſt pactum committitur, fraudatur iſtud edictum, ideo non ſeruabit prætor tale pactum: quia in edicto dicitur, quod fraus non debeat fieri edictis, aliàs pacta in frau-

Digitized by Google

fraudem edictorum facta prætor non seruabit. & hoc est quod dicit Iureconsultus *in dicto §. siue autem.* quod si dolus fiat post factum pactum, obstabit exceptio vel replicatio propter illa verba edicti, *ne quid fiat.* quæ verba sunt abscissa & abbreuiata. Credo debere legi, *ne quo fiat.* quia Iurecõsultus habuit relationem ad illa, ne quo fraus cuique eorum fiat: quam relationem obtruncatè fecit, vt plerunque nos idem facimus. Tene menti hunc intellectum, quia Iureconsultus obscurus est, & non inuenies alibi declaratum.

¶ Quartò noto, quod diuersum est aliquid 22
fieri contra legem, vel in fraudem legis: probatur hic, quia hic tanquam diuersa, & se non contingentia ponuntur. Contra hoc oppono: fraus fit legi, cum quis sententiam legis circumuenit, & cum contra intellectum legis aliquid fit, *vt in l. contra legem. & l. fraus. sup. de legi.*
sed venire contra sensum & rationem legis, est Obiectio.
venire contra legem, quia mens & intellectus non differt à lege, *vt l. cum mulier. sol. mat. l. 1. & 3. ff. de legi. tu. & l. scire leges, de legibus.* vbi vera scientia legum non stat in verbis, sed in vi & earum ratione. Vnde dicimus, quod prout anima format corpus, ita sensus & ratio ipsa verba legis: *vt in dict. l. cum mulier.* sed si fiat aliquid contra animam hominis, certum est contra hominem fieri, quia anima non est quid exterius: imò ipsa forma quę dat esse rei, vnde maior esset hęc contradictio, quàm materiæ, cũ maius sit pec-

catum in forma quàm in materia, *vt l.1. §.si quis ita.de verborum oblig.* Respondeo,† quod aliquid
23 dicitur contra legem fieri, expreſsè id eſt cõtra verba: aliud dicitur contra legem fieri tacitè, i. cõtra ſententiam, & iſto modo bene fit contra legem, quando legis ſententia circumuenitur, *vt colligitur l. contra legem. cum ſequenti. ſup. all.* Sed ſubtiliter conſideranti, ſemper remanet arg. Ideo vt diſtinctius intelligas, cõſidera, aut nos capimus legem in quantum aliquid ipſa diſponit, & dicendũ eſt, quod quando fit in fraudem legis, nunquam fit contra legem nec eius ſenſum. Exempli gratia: Senatuſconſultum Macedo. decernit, ne filiofamilias pecunia mutuetur, ſenſus & intentio legis eſt, prohibere pecuniam numeratam: pone ergo quod ego mutuaui frumentum vel oleum, vt his diſtractis & venditis, ipſe frueretur pecunia numerata: Certè eſt deceptio mentis legis, *vt l. ſed Iulianus. §. mutui. infra, ad Maced.* mens enim erat ne pecunia ſ. numerata mutuaretur, & iſta mẽs conformat cum verbis. Vnde non fit contra iſtam mutuando frumentum, ſed iſta circumuenitur, *vt dicit tex. in l. contra legem.* & ideo erit verum, quod qui facit in fraudem legis, non facit contra legem. Sed ſi nos conſideramus intentionem generalem legis, & legis condentis, & rationem ex qua ſe fundat: certè qui facit in legis fraudem, peccat etiam in legem, *vt videmus in eodem §. mutui. iuncto ſenatuſconſulto.* Nam certum eſt in ſenatuſconſulti intentionem pec-

peccasse, qui frumentum taliter mutuauerit, tamen dicitur in fraudem eius fecisse: quia senatus tantum de pecunia, id est de nummis disposuit, nunc intelliges legem non dubium in princ. Cod. de legi. vbi dicitur, quod non est dubium in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem. & idem dicitur *in reg. fin. de regul. iur. lib. 6.*

¶ Quintò noto, quod qui facit aliquid in fraudem legis, non dicitur facere dolo: probatur, quia de fraude legi facta superfluè hîc diceretur, si talis fraus caderet in dolum, *per paragraphum, sed si fraudandi, infra eadem lege.* Contra istud probatur: quia fraus legi facta est circumuentio, *vt in dicta lege, contra legem.* sed omnis circumuentio est dolus, *lege prima, §. dolum, infra de dolo.* ergo fraus legi facta est dolus, vnde arguetur prætor quod superfluè loquatur *per textum, in §. sed si fraudandi.* Oppositio est pulchra & noua, & mihi difficilis. ¶ Si respondeatur, quod dolus est quælibet machinatio, vel circumuentio, scilicet aduersus alterum adhibita, vt in definitione, non ergo si adhibeatur contra legem. Certè ista responsio non mihi in totum satisfacit, quia etiamsi in definitione dicatur contra alterum adhibita, si contra legem adhibeatur calliditas deceptio vel versutia, dolus erit: quia omnino eadem versatur ratio. Præterea aut fraus significat 24

Dolus & fraus an differant.

 damnum,

damnum vel quoddam incommodum, vt refert glos. *infra, in §. sed si fraudandi. & probatur l. 1. C. qui manumitti non possunt. l. fraudis. ff. de reg. iur. in §. in fraudem. instit. qui & à quibus. l. inter eos. infra, ex quibus causis maiores.* vnde pacta tali fraude facta valent, quia esset iniquum, vt pactum quod aliquod damnum contineret non valeret: sequeretur enim, quod pactum de non petẽdo, cum ex hoc sequatur damnum promittenti, non valeret, & ita esset initium: & hoc est quod dicebat Labeo *in §. sed si fraudandi.* Aut fraus sumitur pro circumuentione, & tunc semper inest dolo, vnde esset superfluum, quod prætor dixisset de fraude: quia de dolo edixit. Ex his habes verum intellectum ad §. sed si fraudandi, quem (magnam sibi attribuendo laudem) ediderunt quidam Senenses egregij disputatores in disputatione quam Bononiæ habuerunt: sed Baldus viua voce prius eum docuerat: deinde ibidem docet Paulus de Castro eius discipulus, & adhuc moderniores referunt. Nec mirum: plura enim cogitamus quæ scripta & cogitata sunt: nec minus nobis debetur, quàm his qui prius cogitauerint, dum furtum non committamus. Nec credendum eos modernos fures, qui diuitijs ingenij sui satis fruuntur. Vt ergo nostra ratio ad propositum se referat. Quando fit fraus legi, sumitur pro circumuentione, & non pro damno: ergo inest dolo. quod si verum est, verum erit, secundum Labeonem, prætorem fuisse superfluũ.

Item

Item si respondeatur, quod edictum prætorium loquitur de dolo inter partes, hoc non constat: nam si expresse non fuisset dictum de fraude legis, ego nescio, qua ratione dolus nõ comprehenderet fraudem legis: ergo de fraude legis superfluè loquitur. Sed sat erit ita interpretatum à Iureconsultis, quod de dolo loquatur, scilicet inter partes tantum, aliàs non possemus defendere vel prætorem vel Labeonem. Cogita.

¶ Sextò noto, quod ea pacta, quæ vi vel me- 25
tu fiunt, non valent, hoc clarè constat *ex §. nostro.* contra hoc oppono, quia stipulatio est pactum, *vt lege 1. §. adeo. sup. eod.* & tamen dolo facta valet, *l. eleganter. in princip. ff. de dolo.* probatur etiam *l. 1. de doli except.* at si dixeris, quod non valent de iure prætorio: quia quæ vi, metu, vel dolo fiunt, prætor rata non habet, *vt in l. 1. quod metus causa. & l. 1. de dolo,* infra. poterit replicari, quod in isto pactorum edicto prætor sequitur ius ciuile, *vt suprà diximus in prima quæstione, in primo notabili:* sed iure ciuili pactum valet, ergo & prætorio valebit.

Obiectio.

¶ Respondeo, quod prætor cum dicit pactũ dolo malo factum, se non seruaturum, nõ intẽdit annullare pacta ipso iure: sed habet relationem ad effectum, vt Bart. dicebat. Dicit enim, se non seruaturum in iudicio pacta, quod refertur ad effectum. Et constat, quod etiamsi de rigore iuris ciuilis detur actio ex stipulatione dolo facta, *vt in l. eleganter.* tamen obstat ex-

ceptio ex æquitate naturali, *vt l. 1. & l. qui æquitate. ff. de doli except.* vnde iniquum esset condemnare ex stipulatione, *vt in §. præterea. instit. de excep.* & ideo dicit prætor, se non condemnaturum. Imò id teneo, quod in omnibus dispositionibus prætoriis ea quæ dolo vel metu fiāt, non valent, quod ita declaro. Aut enim prætor se refert ad iudicium, & tunc non valebūt in iudicio, obstante exceptione: aut prætor ipso iure dat actionem, vt quia confirmat vel introducit aliquem contractum, vt contractū constituti vel pignoris, & tunc ipso iure cessat vinculum iuris prætorij. quod probatur ratione fundamentali: Certum est, quod prætor ipsam ęquitatem amplexus edicta emisit, vt patet in nostro edicto, *iuncta l. 1. sup. eod.* item in eadem actione cōstituti, *vt l. 1. inf. eod.* patet etiam in bonorum poss. *vt in §. emancipati. instit. de hære. quæ ab int. def. & in §. adhuc. instit. de bonorum poss.* & generaliter probatur *l. quod si Ephesi. infra, de eo quod certo loco.* sed ipsa æquitate naturali, quæ metu & dolo fiunt, constare non possunt, *vt in l. 1. de dolo. & l. 1. quod metus causa. infra.* Imò etiamsi alio iure valeant, æquitatis exceptio ea rescindit, vt ibi constat: ergo iure prætorio valere nō possunt. Et ideo rectè dicebat p̄tor, talia pacta se nō seruaturum. Habes ergo rationē tex. nostri.

26 ¶ Secundò ex hoc habebis verā rationem *l. 3. §. si quis constituerit. infra, de constit. pec.* & ex illa lege hæc confirmantur. Vbi dicitur, quod ea quæ iure ciuili tantùm debentur, si prætorio non

non debeantur, id est per exceptionem, non possunt constitui: quia est necesse, quod si iure ciuili debetur, etiam iure prætorio debeatur vt constitui possit. Huius ratio est subtilis, & quam ego à nostro labore didici. Quia si iure prætorio, per exceptionem datam ab ipso prætore, non debetur, scilicet obstante æquitate contra rigorem iuris ciuilis. Ergo nec cōstitui poterit: quia constitutum est introductum ab eodem iure prætorio, & eadem æquitate naturali, *vt l.1.eod.tit.* Item considera, quod id est indebitum iure prætorio, quod obstante exceptione non debetur: & id debitum eodē iure, quod iure ciuili debetur, nisi ex ipsa æquitate obstet exceptio. Horum rationem sumas à nostro edicto: quia omnia pacta prætor in effectu dicit se seruare, nisi contra edictum, contra leges aut dolo fiant. Gustabis ergo illa verba, *iure prætorio non debetur*, id est per exceptionem. Item alia, *quia debita iuribus non est pecunia quæ constituta est.* id tamen intelligas, quod si p̄torio iure, vel naturali deberetur aliquid, id constitui potest, *vt l.1.§.debitum.eo.tit.* sed si iure ciuili debeatur, nisi etiā debeatur prętorio, non poterit constitui *per text. ibi. & per superiorē rationē.* ¶ Tertiò ex his infero cōtra Bar. *l.si vnus.* 27
§.pactus ne peteret.inf.eo. vbi ipse per illū tex. dicebat, quod actio non poterat oriri sine eo quod naturalis obligatio inesset: sed certè do. Bar. & cum eo cæteri decipiūtur, quia fateor ꝙ actio p̄toria nō potest oriri sine eo ꝙ insit naturalis

Digitized by Google

obligatio.ratio,quia naturalis obl.fundamentum est æquitas naturalis, *vt in l.Stichum. §. naturalis.inf. de solut.* & idem est fundamentum prætoriæ obligationis, *vt in eadem l.1.eod.tit.* ideo nō potest oriri: sine naturali tamen ciuilis actio, sine isto fundamento nasci potest, vt sentit Iureconsultus *in eodem §. si quis constituerit.* dum dicit, quod iure ciuili debetur, etiam obstante exceptione prætoria, quæ fundatur super æquitate naturali: ergo si æquitas naturalis obstat, non inest vt fundamentum. Nec obstat responsio quam dat Bar. *l.1.de condict. indebiti.* vt
28 latius declaro *in dicta l.si vnus.§.pactus.* ¶ Quartò infero, ex his ad dubium subtile & intactum: Quare est, quod actió quæ oritur ex contractu dolo vel metu facto, dicitur iusta & efficax. *l.1. de doli except.ff.melius in §.1.instit.de excep.* sed exceptio contra quam potest replicari ex dolo vel metu, non est iusta. Sed prima facie iusta videtur, *vt instit.de repli.in prin.* Item replicatio & triplicatio contra quam obstat exceptio, non est iusta: sed prima facie videtur, *vt patet in §. rursus el.1.& §.rursus el.secundo.instit.eod.tit.*

¶ Aduerte, quia nunc in visceribus iuris inuoluimur. cōsidero quod actio datur ex fundamento iuris ciuilis: vnde cū secundū iuris ciuilis regulas cōtract⁹ valeat etiā de dolo vel metu factus, per consequēs actio, quę ex eo cōtractu nascitur, dicet̄ iusta à iure ciuili. & hoc est quod dicit tex. *in d.l.1.de doli excep.& §.1.inst.de excep.* ibi palam est iure ciuili te obligatum esse,

&a-

& actionem, quam intēdit te dare oportere, efficacem esse, etiam si obstet exceptio: & ideò iusta est vt *tex. ibi dicit.* Sed exceptio habet fundamentum ipsam æquitatem, & à iure prætorio datur, *vt patet in eodem §. insti. de excep. & in eadem lege 1. & l. qui æquitate. de doli excep.* & Bart. *ibi, & idem in dicto §. pactus ne peteret.* item replicatio habet fundamentum eandem æquitatem, & ab eodem iure prætorio competit: Nam si pactum de non petendo fiat dolo, si tu opponas exceptionem ex illo pacto, talis exceptio non est iusta: ratio, quia deficit æquitas: nam cum dolo sit factum, non est æquum obseruari pactum, vt in nostro edicto. ergo tua exceptio nō est iusta, cum ab hoc se fundet: quia pacta obseruari sit æquum, & edictum prætorium tale pactum non seruat, quia deficit fundamentum, scilicet ipsa æquitas, ex qua dicit se seruaturum, *vt l. 1. sup. eo.* vnde ignoranter parcat tanta auctoritas notat glo. *in eodem §. 1. instit. de exception.* iusta est, id est iusta prima facie videtur: nam verè est iusta à iure ciuili, & ob id tex. propriè loquitur: item propriè loquitur tex. *in prin. insti. de repl. & in §. rursus in vtroque.* vbi sæpè dicit prima facie iustam videri, cuius diuersitatis rationem colligere poterit ex superioribus.

¶ Sed si quis dixerit id absurdum videri, vt aliqua actio sit iusta & contra æquitatem: cum iustum à iure dicatur, & ius nihil sit nisi æquū & bonum. *vt l. 1. in prin. su. de iusti. & iure.* ¶ Re- **Iustum quid.**

 sponde,

ſponde, quod iuſtum à iure ciuili dici poteſt id, quod iniquum eſt ex aliqua æquitate naturali, & ob id datur exceptio à noſtro prætore. Ita dicit tex. *in dicto prin. insti. de ex.* in hæc verba. ſæpe enim accidit, vt licet ipſa perſecutio qua actor experitur iuſta ſit: tamen iniqua ſit aduerſus eum, cum quo agitur &c. ſed fateor, quod aliquod iuſtum à iure vniuerſali non poteſt eſſe iniquum, quia iuſtum non differt ab ęquo, vt in diffi. quamuis ius ciuile differre poſſit, & ſic reſpondetur ad argumentum.

29 ¶ Quartò ex his infero, quod etſi inuito iure ciuili hæreditas acquiratur, *le. ſi mulier. §. penult. infra, quod metus cauſa. le. quod metus. ff. de ac. hære.* bonorum tamen poſſeſſio inuito & per metum adeunti non acquiretur: ratio eſt, quia qui vult metu, verum eſt velle. Vnde ſecundũ regulas iuris ciuilis ei quærit qui vult *le. pro hærede. de ac. hære. & in dicta l. ſi mulier. §. penul.* tamen ęquitas non patitur, vt ipſi quæratur qui per vim vel metum agnoſcit bonorum poſſeſſionem: probatur, quia ex ipſa æquitate datur cõtraria reciſio: ergo non ex eadem non acquiritur, præſertim cum ipſa æquitate detur ab ipſo prætore bonorum poſſeſſio, *vt in dicto §. emancipati.* ergo non dabit in iſto caſu, vt in noſtro edicto. Et de hoc habemus legem *in le. 3. §. inuito. de bonorum poſſ.* vbi dicitur, quod bonorũ poſ. inuito non quæritur: cuius ratio nulla eſt, niſi quia bonorum poſſeſſiones fuerunt mediante æquitate ab ipſo prætore introductæ, & quæ

Metu qui vult, an velle dicendus.

& quæ vi metu fiunt prætor rata non habet, *vt in le.1.infra, quod metus causa.* & ideo dicit gloss. *in dicta le.si mulier.§.penul.* quod datur abstensio à prætore, etsi inuito quæratur hæreditas. Sed tu dic, quod talis abstensio datur ab hæreditate, non autem à bonorum pos. quia illa nõ est quæsita. ¶ Quintò ex his infero ad pulchrum dubium, certum est, quod qui agnoscit bonorum pos. videtur adire de iure ciuili, *vt l.puberẽ. C.de iure deliberandi.* Finge idcirco, quod aliquis vi vel metu agnouit bonorum poss. nonne erit adita hæreditas? videtur quod sic, quia ea ratione in agnitione consistit aditio: quia sola voluntate acquirendæ hære. causatur aditio, *vt in dicta l.cum pro hær.de acq.hæ.* sed qui metu vel vi vult agnoscere, verum est velle, ergo acquirit de iure ciuili, *vt le.si mulier. §.penult.* sed dubitatur ex alia parte, quia non est simpliciter verum, quod eo ipso, quod vult acquirere, acquirat de iure ciuili. Pone quod repudiauit hæreditatem de iure ciuili, postea agnoscit de iure pretorio: certè non acquirit de iure ciuili, *vt l. is qui in potestate. ff. de leg. præs. & le.filio præterito. de iniusto.rup.ir.testium.* tamen verum est, eum velle acquirere, sed non est verum adire. Sic ergo possemus dicere in agnitione metu facta, vt non videatur adire, sed solùm agnoscere, cum dicat se agnoscere, ne faueamus his, quæ metu & contra æquitatem fiunt. Cogita in hoc, quia altius exordiri necesse esset, & ad veram cognitionem aliqua negaremus,

quæ

cut dicimus in emptione, quæ est bonę fidei, tamen si metu discedatur ab ea, valet distractus: ratio, quia cũ distrahit, verũ est emptionem non esse, vnde eius qualitatibus fungi nõ possumus, *vt in eadem lege si mulier. §. si metu coactus. la prima.*

¶ Respondeo, quod ius prætorium defert bonorum pos. & nos inuitat ad eam agnoscendam. *vt §. autem. insti. de bonorum pos.* vnde si tu repudias talẽ delationẽ, & metu repudias, nõ ꝓpterea prętor desinit vocare, vel inuitare: qa cũ ea metu fiant, ipse rata nõ habet. & sũma rõe hoc concluditur, cũ delatio prætoris habeat causam ab æquitate naturali: sed ęquitate ipsa nõ valent, quæ metu fiunt, ergo repudiatio metu facta non habetur in consideratione: prout etiam agnitio metu facta nihil valet *l. 3. §. inuito eo. tit.* præterea prout agnitio est introducta à iure prætorio: ita ipsa repudiatio. *vt in l. 1. de succes. edicto.* vnde non valebit eo iure, si metu fiat. Sed in emptionis discessu hæ rationes non habẽt locum: nam cum emptio sit rescissa, contrario consensu non potest habere locum priuilegium emptionis, vel verius qualitatis natura, vt sentit prædicta lex, si mulier. §. si metu coactus. Sed considera, quod illa lex. habet magnam dubitationis rationẽ, quia video omnino eãdem esse rationẽ, in repudiatione & in distractu emptionis, & in cõtractu emptionis & in distractu. Et considera, quod emptiones, locationes, & cæteri similes

miles contractus consensu constant, & ideo naturales obligationes appellantur, *vt l. naturales. de oblig. & act. & le. 1. §. fin. inf. de contrah. empt. & le. has obligationes. de cap. dimi. infra.* vnde cum sint contractus æquitatis & bonitatis naturalis, vt ibidem dicitur, si vi vel dolo fiant, non valent, quia æquitati & bonæ fidei vis vel metus contrarius est, *vt in le. 3. infra, pro socio. le. bona fides. inf. depositi.* sed eadem ratio naturalis est in distractu, *vt le. nihil tam naturale. de reg. iur. & le. Stichum. §. naturales. inf. de sol.* nam sicut consensu ęquitate naturali constant, ita dissensu, eadem æquitate & ratione dissoluuntur: sed dissolutio metu vel dolo facta, non constat æquitate, ergo &c. Arg. est forte, ad cuius resolutionem esset necesse exponere, quo modo causatur natura bonæ fidei in cõtractibus bonæ fidei. Tu cogita. ¶ Sed quisque opponeret de nostro edicto, & de edicto, quod metus causa: nam ista edicta se referunt ad iudicium, ergo ante omnis actus valet: quia prætor in his ipso iure non procedit, *vt in §. quos autem. instit. de bonorum poss.* ¶ Respondeo, quod bene verum est, quod ad iudicium refert, ad dandam bonorum pos. sed ad deferendum, non quia ipso iure defert, Item ad repudiationem non se refert ad iudicium, sed ad repudiantis voluntatem. Vnde quandocunque isti actus prætorij fiant, nec valent si metu fiant, nec tollitur delatio ex repudiatione meticulosa vel dolosa.

33 ¶ Sextò infero, quod constitutum metu factum

ctum erit nullum ipso iure: ratio, quia contractus constituti est introductus à iure prætorio, *vt le. 1. & per totum. inf. eod. tit.* ergo non valebit, si metu, dolo vel vi talis contractus fiat, cum ea prætor rata non habeat, vt in nostro edicto. Et quia talis contractus constat ex æquitate naturali, *vt le. 1. in prin. eod. tit.* & eadem æquitate naturali ista constare non possunt: Imò etsi constent, rescinduntur, *l. 1. de doli excep. ff. facit ratio le. 3. §. si quis constituerit. inf. de constit.* Idem dico de conuentione pignoris, quia à prætore confirmatur talis conuentio, vt solo consensu sit efficax, *vt l. si tibi. §. de pignore. inf. eod. & §. item Seruiana. instit. de act.* hinc est quod actio de in rem verso, vel de peculio non dabitur, vbicunque dolus interuenit in contractu, *vt le. 1. in principio. infra, de in rem verso:* huius ratio est, quia hæ actiones sunt prætoriæ & à prætore procedunt.

¶ Septimò noto, quod ea quæ contra senatusconsultum fiunt, prætor rata non habet: 34
Sed contra, quia ea quæ contra senatusconsultum fiunt, valent mero iure, *vt per totum titulum ad Macedonianum. & le. si mulier in iure. inf. ad Vell.* sed prætor in nostro edicto obseruat pacta ex terminis iuris ciuilis, *vt patet in le. nostra. in §. sed cum nulla.* ergo ita debent valere etiam iure istius edicti. ¶ Respondeo, quod prætor obseruat pacta secundùm ius ciuile, sc. in effectu, quia ista verba, pacta seruabo, ad effectum referũtur, vt supra dixi, at in effectu non valẽt ea quæ contra senatusconsultum fiunt, & ita verum

verum eſt, quod prætor ea non ſeruabit. ¶ Vnde intelliges verba ſenatuſconſulti Velleiani, vbi ſenatus diſpoſuit, mulieres non condemnari ex interceſſione ꝓ altero facta, & hoc commendat à prætoribus ita obſeruandum, quia ſenatus non ignorabat, prætores nõ obſeruare ea, quæ contra ſenatusconſultum facta erant: dicebat enim prætor pacta tunc ſe obſeruaturum, cum contra ſenatus voluntatem facta non eſſent. Nunc guſtabis illa verba, poſita in ſenatuſconſulto Velleiano, *le. prima in principio, infra ad Velleian.* arbitrari ſenatum rectè atque ex ordine facturos eos, ad quos de ea re, in iure aditum erit, ſi dederint operam, vt in ea re ſenatus ſeruetur. Itaque ſenatus dicit, quod prætores rectè facient, ſi non ſeruauerint tales interceſſiones, & hoc eſt quod dicitur in eodem ſenatuſcõſulto, quod talis interceſſionis nomine, non detur actio vel petitio, contra ipſas mulieres. quod intelligas, ſcilicet ab ipſo prætore. Itaque prætor qui iuri dicendo præpoſitus erat, non dabit actionem, nec petitionẽ ex tali interceſſione, quia etiam ſi iuſtitiam ciuilem miniſtrabat,
35 tamen ſi contra ſenatus voluntatem aliquid fiebat, id dicebat ſe non ſeruaturum. ¶ Ex hoc colliges verum intellectũ eorum, quæ dicit Bart. *in dicta l. 2. in prin. infra ad Vell.* vbi docet, quod quando à lege dicitur ne actio detur, nõ tollitur proprerea actio ipſo iure, ſed ope exceptionis. *Idem tenet in l. 1. §. ſublata, infra ad Trebel. &*

be. & ibi Pau. & Alex. idē in lege nam & postea. in prin. sup. alleg. & ibi Pau. & Alex. cuius ratio ea est, quia iura se dirigunt ad prętorem, qui ius reddebat, ne ipse actionem daret, *vt in §. eodem tempore. sup. de orig. iur.* vnde non erat senatusconsulti, vel legis intentio, statim & eo ipso tollere actionem vel obligationem. Hoc manifestè colliges *ex l. quidam. in §. fin. inf. ad Vell.* vbi exponens verba senatus, dicit Iureconsultus, quod non sine ratione prætor faciet, si dederit actionem personalem in ipsum principalem debitorem, sed etiam in res, quæ mulieri obligatæ sunt. *Idē probatur in l. si mulier. la. 2. eo. ti. iuncta le. 1. & secunda. in prin. de his dixi supra in le. nostra. in §. sed ideo.* Cum exaraui actiones datiuas, sat est quod senatusconsultum Velle. Macedo. & Trebell. non tollunt actiones ipso iure, sed disponunt, ne prætor det eas, cum ius sit redditurus. Quia sciunt prætorem nihil contra senatusconsultum seruaturum, vt in edicto nostro, & legibus superioribus probatur. Hæc tamen intelligo, nisi talis actio, quæ denegatur, esset prætoria, quia cum sit prætoria, & à prætore denegetur, nunquam talis actio oritur. Finge, quod mulier cō stituit se debitricem pro alio, ecce hic est constitutum, & tale constitutum est contra senatusconsultum, vel, nonne actio nascetur? certè non: ratio est, quia contra senatuscōsultum nihil prætor obseruat. Vnde prætoria actio nunquam nascetur, quia in actibus prætoriis hoc excipitur, ne sit contra senatusconsultū,

vt vides in nostro edicto. Nũc cognosces medullam & rationem legis 1. §. ait prætor. inf. de constit. vbi dicit Vlpianus, quod mulier de cõstituta tenetur, nisi intercesserit: itaque in edicto de constituta non comprehenditur cum intercedit, quia esset seruare pactum contra senatusconsultum. Nec obstat quod nostrum edictum ad iudicium se referat, quia eadem est ratio in iudicio, & extra iudicium. Nam si forsan actio prætoria est talis, quæ ipso iure competat, tunc si fiat contractus contra senatusconsultum, nunquam approbatur à iure prætorio, per eandem rationem: ex quo sequitur, ipso iure non ortam esse actionem, *vt in dicta l. 1. §. 1.* Hæc semper menti teneas, ex quibus resultat verus intellectus ad omnia iura superius citata, & ad alia. Nec ea minoris habeas, quod à viro nouo sint enucleata, quandoque enim Deus reuelauit paruulis, quæ sapientibus abscondidit. ¶ Ex his etiam colliges do. Iasonem malè ponderasse le. ait prætor. 5. notabili, aliàs l. nam & postea. infra de iureiur. vbi Barto. voluit pungere, quod illa lex nihil faciebat ad ꝓpositum Barto. quia illa verba sunt in edicto prætoris, & prætor non potest actionem ipso iure tollere, *vt §. quos autem. instit. de bon. poss.* Vnde dicit ipse, quod lex 1. §. sublata, & lex 2. ad Vell. bene probant, quia sunt senatusconsulta, & habent potestatem legis. Sed dic, quod eodem modo, quo edictum prætorium de iuramento se refert ad iudicium prætorium: eodem

Obiectio.

Quæ sapientibus Deus abscondidit, paruulis reuelauit.

dem modo se referunt senatusconsulta, vt supra docui. Id autem quod de impotentia prætoris dicit, nihil est, vt supra ostendi. ¶ Item ex 36
supradictis colligo, non esse bonam differentiam quam tradit Barto. *in dicta le. nam & postea.* cum dicit, quod ista verba, *actio non detur*, in criminalibus operantur, dum à lege proferũtur, vt ipso iure tollatur actio. Allegat primò legẽ 1.§. quod autem. inf. de aleato, & le. item apud. §. prætor ait. inf. de iniu. Item arguit ex lege, si vnus. §. pactus ne peteret. inf. eod. vbi facilius tolluntur actiones criminales, quàm actiones ex contractu. Item ipse facit ad aliam rationẽ le. cum lex. in fine. inf. de fideiuss. nam in criminalibus nulla actio est orta, sed crimina officio iudicis expediuntur, *vt in princ. instit. de publ. iu. in princ.* cum ergo nulla sit aliũde orta actio, si dicitur, quod non detur petitio, vel quod nõ audiatur, certum est, quod non habebit actionem, *vt l. 1. C. qui & aduersus quos.* Item hæc confirmantur arg. do. Ias. *in dicta le. nam & postea.* Nã videmus, quod actiones criminales solo consensu tolluntur, *vt in dicto §. pactus ne peteret. versi. sed si pactum. & l. si tibi. §. quadam. infra eod.* ergo fortius, aut eadem ratione tolluntur lege vel statuto, *vt notat Bart. in le. fin. C. de fideiuss. & glos. l. non impoßibile in gloss. magna. in fin. infra eod.* Hanc conclusionem firmat Barto. *in dicta lege 2. ad Vellei. & ibi Paulus. & Paulus & Baldus & moderni in dicta lege, nam & postea, & in dicto paragrapho, sublata.* vbi idem tenet Bartolus. Imola

tamen *in eodem §. ſublata.* tenet contra Bart. & Bal. in le. non dubium. C. de legibus. Imò quod nulla ſit differentia inter cauſas criminales & ciuiles, ſed indifferenter ſit verum, quod cum denegetur actio, intelligatur ope exceptionis, non ipſo iure, & negant quod iura alleg. per Bar. probent talem differentiam.

¶ Sed nec cõmunis opinio, nec horum ſingularis mihi conſtat. Imò id credo, quod tam in criminalibus quàm in ciuilibus, ſi lex aliqua diſponeret actionem non eſſe dandam, ipſo iure ceſſaret ortus actionis. Hoc clarè probatur, quia ius eſt cauſa efficiens in productione actionis: obligatio enim eſt iuris vinculum, & actio ius perſequendi, vt apparet ex definitionibus: & obligationes aut à iure ciuili, aut à prætorio proficiſcuntur, *vt inſtitut. de oblig. in §. ſumma.* & actiones omnes eodem modo ab his diſpoſitionibus procedunt, *vt §. ſed iſtæ quidem. inſtit. de act.* Si ergo eſt cauſa efficiens, & dicit nõ eſſe dãdam actionem, nulli dubium, quod ius non efficit. ergo actio non oritur, cum deſit cauſa efficiens. Item hoc iure probatur: finge quod lex dicat, ex contractu contra bonos mores actionem eſſe denegandam, vel non eſſe dandam, certe nullus dicet hic ortam eam. Et caſus eſt le. mercalem. C. de cõ. ob tur. cau. Vbicunque ergo, à lege dicitur non dari actionem, impeditur eius ortus: aliàs lex ipſa ſibi pugnaret, quæ eam negando, concederet. Vnde intelliges d. le. item apud Labeonem. §. quod ait

ait prætor.ff.de iniu.Nam dicebat prætor in edicto suo,ne quid infamãdi causa fieret: si quis aduersus ea fecerit, prout quæque res erit,animaduertam,*vt probatur in ead.l.item.§.ait prætor.*ita quod prætor dicit,quod si aliquid infamandi alterius causa factum fuerit,cognoscet, quæ sit talis causa,& dabit actionem.Nunc subiungit in §. quod ait. quod si talis causa fuerit, ex qua deneganda sit actio, non audietur qui agit: pondera ergo, quod prætor animaduersione daturum se actionem dicit, sed si ipse viderit non esse dandam,non dabit. Ergo nunquam eo casu orta erit actio, quia à datione prætoris incipit actio, & ipse dicit, parti nõ esse dandam,nec partem audiendam, si eam petere velit.Ex quo satis apparet,quod si ipse qui dat actionem,dicat eam non esse dandã, nunquam ea actio orietur. ¶Non obstant argumenta, quæ pro contraria parte ab omnibus adducuntur,& responsio legis 2.ad Vell. & l.1. ad Maced.& le.1. §.sublata.ad Trebell.apparet ex superiori intellectu,quem tradidi ad illa edicta. Nam ideo non tollitur ipso iure actio, quia lex ciuilis secundùm ordinem eius temporis, se dirigebat ad prætores, qui iura ciuilia exequebantur,ne ipsi darent actiones, quia in omni casu, in quo à iure ciuili dabatur actio: prætor promittebat eam in iudicium se daturum, *vt l.1.inf.commodati.& l.1.si pars hære.peta. inf.* & satis latè examinaui sup. *in §. & ideo.* vnde senatusconsulta dicebant,ne prætores darent actiones, Obiectio.

ctiones,& ob hoc non tollitur actio, quæ à iure ciuili fuit orta, sed à prætore dicitur non esse dandam, vt patet in edicto Vellei. *& le. si mulier contra. la. secunda. & le. quidam. eodem titulo.* sic etiam intelliges le. necessarijs, in verbo in eos actio non detur ff. de acq. hær. quam ibi notat Are. pro op. Bar. sed si à lege diceretur non esse dandam actionem, non habita illa relatione ad iudicium prætorium, non esset dicendũ actionem oriri, vt supra dicebam. ¶ Item non obstat lex, nam & postea, sup. all. & præsuppono edictum prætorium, *quod recitatur le. ait prætor, quæ præcedit le. nam & postea.* vbi cauetur quod delato semel iuramento, actionem quæ parti prius competebat, prætor non dabit: nota ergo, quod in illo casu præsupponitur actionem competere aliquo iure,& tamen dicit prætor, se eam non daturum, quod se refert ad iudicium. Vnde non est de intentione prætoris tollere eam ipso iure, prout dicebamus p §. quos autem. Sed considera, quod si deferenti competeret aliqua actio prætoria, illa nõ oriretur, quia prætor dicit se eam non daturum: hoc, siue actio sit talis quæ in iudicio detur, causa cognita: siue sit talis, quæ ipso iure competat ex præcepto prætoris, quia cum obstat æquitas & prætoris voluntas, euanescit, vel potius nõ deducitur in esse talis actio prætoria, vt suprà dicebam *per l. 1. §. ait prætor. inf. de consti.* ¶ Nec obstat le. 1. §. quod autem. inf. de alea, quem si intelligas, vt Bart. facit pro me, sed nõ est verum sim-

Digitized by Google

simpliciter, quod ibi denegetur actio ipso iure, quia prætor dicit se nō daturum actionem furti: quæ quidem actio aliquando est prætoria, *vt §.1.insti.de perpetu.& tem.ac.* & eo tunc nunquam deuenit inesse, quia cum prætor dicat se denegare, eam non dabit. Tunc ergo verū est, quod ipso iure non competit actio, aliquando tamen actio furti procedit à iure ciuili, *vt §.sunt autem.insti.de noxa.* & tunc ipso iure ciuili fuit nata, & prætor dicit se eam non daturum, & ideo non tollitur ipso iure. Et ita habebis intellectū illius edicti, quem præterierunt doctores.

¶ Præterea arg. Bart. *de §. pactus. versi.sed si pactum.* non facit contra me, nec pro me volo ꝙ faciat, quia ista facilitas non est in ratione nostræ materiæ. ¶ Item arg. quod facit *in l.cum lex.* in sua intentione pro me facit, sed in forma videtur peccare. ¶ Item magis peccat do. Ias. in suo arg. & respon. vt poteris videre ea, quæ dixi *in l.legitima.in glossa.in exemplo.l.si tibi.§.quædam.*

¶ Vt ergo istam materiam colligas, aduerte, quod quandoque prætoriæ sunt actiones, & ab ipso prætore procedentes: & tunc si dicitur non esse dandam, quippe non oritur, quia cessat causa: quandoque ipsæ actiones non sunt prætoriæ, sed dat eas prætor, *vt in le. 1.si pars hæredit.petatur. & leg.1.infra commodati.* & tunc siue à prætore, siue à lege Romanorum dicatur actionem non esse dandam, non propterea desinit oriri à suis principijs ciuilibus: vt latè patet in Senatusconsultis

Maced. Velleia. & Trebell. & in edicto tituli de iureiuran. quandoque à prætore denegatur actio in casu, quo nulla actio iure ciuili competat, quia ipse sæpe negatiuè, & conformiter cũ iure ciuili emisit edicta, & tunc nulla oritur actio. Pone exemplum in stipulatione turpi, vbi à prætore dicitur, non esse dandam actionẽ: certè nulla fuit orta actio, & ideo dicĩ, quod prætor eam non dabit. Nunc intelliges legem veluti ff. de verbor. oblig. & ita etiam poteris intelligere legem mercalem. C. de condic. ob turpem causam. quandoque hodie lex aliqua dicit, in aliquo casu actionem esse denegandã, & tunc, si regulariter in similibus casibus, ex eadem lege competebat actio, sine dubio in illo casu non orietur. Exempli gratia, ius canonicum dicit, quod ex omni pacto competat actio, si tamen dolo fiat, dicit actionem nõ dandam; certè ab illo iure canonico, nunquã nascetur actio casu, quo pactum fiat dolo, quia dicit non esse dandam. Si tamen in illo casu ab alio iure competeret actio, credo quod ipso iure tollatur, quia ista lex habet potestatem tollendi, cum actio sit iuris ciuilis, *vt le. 2. §. deinde. sup. de orig. iur.* & posterior lex remaneat efficax, *vt in c. 1. de constit. lib. 6. l. omnes. C. de præs. 30. vel 40. an.* Nec obstant iura Romanorum, quia secundùm illa iura, illa verba, *actionem dandam vel denegandam*, referebantur ad prætores, qui non modicam iuris auctoritatem habebant, *vt §. prætorum. instit. de iure nat. gent. & ciu.* & ius prætorium

rium erat pars iuris ciuilis, *vt l. ius ciuile. sup. de instit. & iure.* quod hodie non est in vsu, nec habetur talis iurisdictio actionis dandæ. cum ergo illa verba hodie non possint referri ad ius prætorium, forsan referuntur ad negatiuam simplicem, ac si lex diceret non oriri, nec in esse deduci actionem, prout vulgo dicitur, nihil perpetuum datur in rerum natura. Vnde inferas ad statuta alio modo quàm doctores inferũt. Nec obstat dicere de officio iudicis quod potest assimilari prætoris officio, nã circa dandas vel denegandas actiones non versatur tale officium, *vt Bar. in le. 1. 4. col. in princ. infra. de condi. ex l.* nisi diceres quod statutum intelligat, vt iudex non admittat actionem, sed eam & libellum repellat. Cogita, quia in superioribus habes medullas legum, quas non intellexerunt & antiqui & moderni in locis vbi eas allegant: cætera quæ magis practicæ quàm speculationi conueniunt, videas hîc per modernos maximè, qui, prout solent, plura cumulant: sed ab illo docendi genere ego abhorreo, nec quantum deceret vsu iam deprauato abhorrere possum. Fortunius Garcia ab Ercila. V. I. Doctor.

Perpetuũ nihil in rerũ natura.

SVMMARIVM.

1 *Pactum in continenti appositum iuxta contractum pariat necne actionem præscriptis verbis. & nu. sequen. & nu. 4.*

3 *Actionis præscriptis verbis species tres.*

5 Actio praescriptis verbis, quae oritur ex contractu innominato, qui differat ab ea, quae oritur ex pacto in continenti iuxta contractum apposito.

6 Instrumentum continẽs pactum nudum habet executionem paratam, stante statuto, quod instrumenta habeant executionem paratam.

7 Pactum continens incertum, si apponatur in continenti iuxta contractum continentem certum, an veterem actionem informet, vt detur ad id, quod pacto continetur, & nu. sequen.

9 Pactum in continenti appositum iuxta contractum stricti iuris, an informet ipsum contractum.

10 Partes non entis nullae sunt.

11 Pacta ex interuallo contractui apposita, an & quãdo producant actionem.

12 Contrahentes non possunt à contractu recedere in praeiudicium tertij.

13 Actio ex vẽdito, tametsi per pactum informata sit, est tamen bonae fidei.

14 Actio praescriptis verbis quae oritur ex pacto vestito cohaerentia contractus, sit ne bonae fidei, an stricti iuris.

15 Intellectio ad leg. Labeo scribit ff. de contrahen. empt.

16 Pactum appositum iuxta contractum conditionalem, an informet illum.

17 Contractus innominatus, facio vt des, quare pariat actionem de dolo, non autem praescriptis verbis.

18 Contractus innominatus denominetur à forma conuentionis, an à forma impletionis.

19 Con-

Digitized by Google

19 *Contractus innominatus posit ne fieri per terminum conditionalem.*

20 *Pactum appositum in contractu si non obseruetur, an posit recedi à contractu, an verò agendum ad interesse.*

21 *Confeßio liberatoria facta absente aduersario, an prosit absenti, vt saltem ex ea detur exceptio doli. & nu. sequen.*

VINIMOS §. situatus est in le. iurisgentium ff. de pactis & est famosus & difficilis, & diuiditur in duas partes principales: in prima ponitur, quando fit pactum ad agendum: in secunda, quando fit pactum ad excipiendum: secunda ibi, sed ex parte rei. Rursus prima subdiuiditur in sex: in prima dictum, in secunda comprobatio dicti, in tertia limitatio, in quarta ponitur vnum exemplũ, in quinta ponitur aliud exemplum, in sexta & vltima ponitur aliud responsum. ¶ Prima, ibi, solemus. tertia ibi, sed hoc si accipiendũ. quarta ibi, vt puta. quinta ibi, idem Marcellus. sexta ibi, item responsum. ¶ Et hoc d. in summa, Pactum incontinenti appositum veterem actionem informat, & nouã producit, si verò ex interuallo, pactum non producit actionem, sed exceptionẽ. *Ad hoc allegatur vsq; ad §. adeo.* ¶ Not. ibi informat, ꝙ pactum appositum iuxta contractum influit in contractum, ita vt detur actio vetus dicti contractus, ad id quod venit in pactum. ¶ Not.

¶ Not. tex. ibi solemus, ex quo colligitur ratio decidendi præmissi notabilis, valet quia pacta conuenta videntur inesse contractui.

¶ Nota tex. ibi, sed hoc ita accipiendum est, quod ita demum pactum iuxta contractum veterem informat, & parit nouam actionem præscriptis verbis, si fuerit appositum incontinenti: secus si ex interuallo: quia quando ex interuallo est appositum pactum, reperitur nudum. ¶ Not. tex. in idem Marcellus, quod materia pactorum informatiua nedum habet locum in contractu, sed etiam in quasi cõtractu, quod actio tutelæ est, ex quasi contractu, *l. ex maleficijs. §. tutelæ. 1. de oblig. & action.*

¶ Nota text. ibi, sed ex patre rei, quod pactũ ex interuallo producit exceptionem: Ratio, quia nuditas pacti non impedit ortum exceptionis. *§. igitur nuda est. ead. l.*

¶ Pulcher & difficilis est articulus, vtrum pactum in continenti appositum iuxtà cõtractum pariat actionem præscriptis verbis; Vltramõtani, quorum princeps fuit Petr. de Bellapertica, tenuerunt partem negatiuam, quod non oriatur actio præscriptis verbis, scil. do vt des, do vt facias, facio vt facias: quia habita relatione pacti ad contractum, resultat contractus innominatus, *l. naturalis. inf. de præscriptis verbis.* sed si apponitur pactum iuxta contractum, non est ex tribus istis generibus: ergo non oritur actio præscriptis verbis.

Petrus de Bella pert. princeps Vtramontanorum.

¶ Secundò mouentur, quia actio præscriptis

ptis verbis non oritur, nisi secuto implemento, *l. ex placito. C. de rerum permut.* ¶ Tertiò mouētur, quia actio præscriptis verbis est subsidiaria, *l. quorum, inf. de præscriptis verbis.* Et nouissimi Doct. maximè Papienses: vt Petrus de Besutio sequuti fuerunt hanc opinionē, moti illa consideratione, quia Iuriscōsultus per omnes vias exquisitas inuestigauit, in tit. de pręscriptis verbis, quando oriatur actio præscriptis verbis, & tum ibi non ponit, quod pactum iuxta contractum pariat actionem præscriptis verbis.

¶ Secundò mouentur, quia tñ argumentū à toto ad partes, *l. quæ de tota. inf. de rei vendit.* sed ex toto contractu emptionis & venditionis non oritur nisi actio, ex empto & ex vendito, *l. ex empto, & l. Iulianus. §. ex vendito. inf. de act. empti.* ergo non dabitur ad pactum, quod est pars contractus venditionis, *l. fundi partem. inf. de contrahen. emp.* nisi actio ex vendito, vel ex empto.

¶ Tertiò mouentur ipsi, & dicunt, aut consideramus pactum separatim, & tunc nō producit actionem, *§. igitur. sup. ead. le.* Aut consideramus pactum collectiuè vel simul cum contractu, & tunc solùm datur actio vetus ex actu, *vt hic in §. nostro, ibi. informat.* ¶ Vltimò mouentur ipsi, quia contractus pariunt sibi similem actionem, *l. licet ea obligatio. inf. de procu. & Insti. de act. §. actionum.* Ergo pactum non producet actionem præscriptis verbis innominatam: cū contractus venditionis sit nominatus. *sup. ead. l. in princ.* ¶ Vos tenebitis communem senten- 2
tiam

Cōmunis opinio. tiam glossarum & Doctor. quod imò pactum incontinenti appositum iuxta cōtractum, pariat actionem pręscriptis verbis. Pro cuius euidentia sciendum est, quod † tres sunt species
3 actionis præscriptis verbis. Vna est, quæ oritur ex contractu innominato, *d.l. naturalis*: secūda species actionis præscript. verbis est, quæ datur siue oritur, quando dubitatur de nomine contractus, siue in subsidiū, *l.2. 2.l. quoties. inf. de præscrip. verbis.* tertia species est, quę oritur ex pacto apposito iuxta contractum, *l.2. C. de pactis inter*
4 *emp. & vend.* ¶ His sic præmissis, ego comprobo cōmunem sentent. per tex. *in l. in bonæ fidei. C. eo. 2. in d.l.2. C. de pactis, inter em. & ve. 3.* per text. nostrū ibi, ne ex pacto &c. arguēdo & cessante oratione: quia si non ex interuallo apponitur pactū, ergo oritur actio ex pacto. Vltimò moueor ratione, nam ad multiplicitatē causarum & mediorum diuersorū concludendi, oriuntur plures actiones, *l. qui negotia. fi. inf. mandat. l. in numerationibus. inf. de solut. l. cum filius. Varijs de leg. 2.* sed hîc est multiplicitas causarum: est primo virtus informatiua pacti, quæ influit contractum, ita vt actio ex cōtractu detur ad id, quod deuenit in pacto: *vt probat text. noster, ibi, informat.* Secundò, est virtus cohærentia contractus, quæ vestit ipsum pactum: & oritur ex eo pacto actio præ-
Obiectio. scrip. verbis, *d.l. in bonæ fidei.* Nō ob. primum argum. Vltramontanorū *de l. naturalis.* quia respōdeo, quod loquitur in actione præs. verbis, quę oritur ex cōtractu innominato: nos aūt loquimur

mur de actione præsc. verbis quæ oritur ex pacto, in continenti apposito iuxta contractũ: vt dixi in euidentiali. ¶ Non ob. secundũ arg. de *l. ex placito*. quia respõdeo, ꝙ loquitur in actione præs. verbis, q̃ datur ex cõtractu innoĩato, vel in subsidiũ: nos loquimur dẽ alia actione pręs. verbis, quæ orit̃ ex pacto. ¶ Non ob. 3. arg. de *l. quoties*. quia respõdeo vt statim dixi. Et dixi cõtra euidẽtialia. Non ob. primũ argumentũ nouissimorum, quia respondeo, ꝙ Iurisconsultus in tit. de præsc. verbis, non est locutus de ista actione præs. verbis, quæ oritur ex pacto incõtinenti apposito iuxta contractũ, sed loquit̃ hîc Iurisc õsultus & Imperator in actione bonę fidei. Nec ob. secundũ arg. de toto ad partẽ, quia respõdeo, ꝙ argumẽtum procedit qñ est eadẽ ratio: sed hîc est diuersa ratio: quia pactũ calore vestimẽti cõtractus vestit̃, taliter, vt ꝓducat actionẽ, *d. l. in bonæ fidei*. ¶ Non ob. penult. arg. ꝙ aut separatim &c. quia respõdeo, ꝙ cõsideramus pactũ collectiuè, nõ ea cõsideratione, q a sit emtio vel vẽditio, sed ea cõsideratione, quia istud pactũ vestit̃ ad cohærentia cõtractus venditionis, *l. 2. C. de pa. inter em. & vend.* ¶ Nõ ob. vltimũ arg. quia respõdeo, ꝙ bñ ꝓducit etiã actionẽ sibi similẽ: quia pactũ incõtinenti appositũ informat actionẽ veterẽ: *vt hîc in prim.* sed vltra virtutẽ informatiuã pacti, ꝓducit actionẽ pręscri. ver. virtute vestimẽti cohærentiæ contractus. Ex quib. omnibus infero has conclusiones, quod actio præs. verbis oritur ex pacto incontinenti apposito.

¶ Alia

¶ Alia concl. pactum iuxta contractũ oppositum influit in contractum, ita vt actio vetus detur ad id, quod deuenit in pacto.

5 ¶ Tertia † conclusio elegantior. Differentia inter actionem præscriptis verbis, quæ oritur ex contractu innominato, & actionẽ præscriptis verbis, quæ oritur ex pacto: quia prima actio ex cõtractu innominato non oritur, nisi secuto implemento. *d.l. ex placito.* sed alia actio præscriptis verbis, quæ ex pacto oritur, nõ indiget implemento quo ad natiuitatem actionis: quia vestitur cohærentia contractus, non

6 implemento rei, *d.l. in bonæ fidei.* ¶ Vltima conclusio, si statuto caueatur quod instrumenta habeant execuutionem paratam: certè instrumentum, in quo est pactum nudum, habebit executionem paratam, *secundũ alleg. not. Bal. in l. 2. de execut. rei iud.* Licet contra Bald. sit grande arg. quia duo singularia non debent concurrere circa idem, *l. 1. C. de dot. promiss.* Sed hîc concurrerent duo singularia, primum, quod pactum nudum pariat actionem: contra igitur sup. ea. l. Secundum singulare est, quod actio siue cõtractus habeat executionem paratam, contra. l. 1. C. de execu. rei iud. Et mulier etiam sterilis gaudet priuilegijs dotalibus. *l. assiduis. C. qui pot. in pig. hab.* Licet vt hîc dicit Bald. *in recollecta Bar.* steterit per sex menses ad respondendũ

Duo singularia nõ possunt concurrere circa idem.

7 de casu, d.l. assiduis. ¶ Pone, ego sum stipulatus à te quid certum: puta x. deinde incontinenti fit pactum continens incertum: puta ire Romam:

Digitized by Google

mam: nũquid tale pactum informet actionem veterem, vt detur ad id quod deuenit in pactũ? Doc. *in l. lecta. inf. si cert. pet.* concludunt, non informari veterem actionem, sed informari contractum stipulationis, vt noua obligatio & noua actio detur ad id, quod deuenit in pactum. Ratio est, quia vbi stipulatio continet certum, datur certi condictio. *l. si quis certum. inf. si cer. pet.* Sed certi condictio, quæ oritur ex dicta stipulatione continente certum, non datur ad incertum, *l. si quis certum. instit. de verb. oblig. in princ.* ergo certi condictio non dabitur ad id, quod deuenit in pactum continens incertum, vt in exemplo posito: Informabit ergo pactum continens incertum ipsam stipulationem continentem certum, vt noua obligatio & noua actio, sc. actio ex stipulatu detur ad id, quod deuenit in pactum continens incertum.

¶ Licèt hæc conclusio sit communis, à qua 8 in iudicijs non est recedendum: tamẽ vt ingenia acuantur, arguitur contra doct. primò per text. nostrum ibi informat ipsam actionẽ, non autẽ dicit contractum. Secundò moueor: quia informare est nouam formam adijcere, *vt notatur l. 1. in l. in bonæ fidei. C. eod.* ergo istud pactum informabit certi condictionem, vt detur ad id, quod deuenit in pactum, & sic ad incertum.

Cõmunis opinio.

¶ Tertiò moueor, nõ est nouum, quod virtus informatiua extendit actionem veterem vltra naturam suam, quod comprobatur sic: nam actio ex vendito datur ad pretium, *l. e. ex*

vendito.1.de actio.empt. Et tamen extenditur propter pactum incōtinenti appositū, vt detur actio ex vēdito, non ad pretium, sed ad id quod deuenit in pactum, puta ire Romam, *l.tenetur.1.inf.de act.empt.* ¶ Nec ob. argumentum ꝙ certi condictio non datur ad incertum, *l. certi condictio.in prin.inf.si cer.pet.* quia respōdeo, quod hoc probatur virtute informatiua, vt dixi sup.

¶ Et ex prędictis habetis vnā mirabilem cōclusionem, cōtra doct. quod virtus informatiua pacti iuxta contractum, est tantæ efficaciæ, vt actio vetus detur ad id, quod non est de natura sui. Ex qua sequitur vnum mirabile corollarium, quod certi condictio plerunque datur
9 ad incertum. ¶ Sequens articulus est, vt cū pactum in continēti appositum iuxta contractū stricti iuris, puta stipulationē, informet stipulationem, d.§.& de Besutio disputauit, dum esset scholaris sub Raph. Fulg. hunc articulum: & tenuit partem negatiuam, quod non informet: primò, quod tex. loquuntur in bonæ fidei actionibus, *vt in nostro. & in l. tenetur 1. inf. de act. empt.* ¶ Secundò dicit esse casum *in l.1.cum adijcitur.inf.de verb.obli.* Vbi probatur, quod pactum iuxta stipulationem non informat, sed reformat stipulationem. Nam differentia est ius *Informare* & *Reformare*: quia informare est extendere actionem veterem ad id quod deuenit in pactum, vt in hoc §. sed reformare est stipulationem præambulam reuocare, & vnam nouā creare, quæ habebit nouam formam, *d. cum adijcitur.*

Informare & reformare quomodo differant.

Digitized by Google

ijcitur.ver.nisi illico. ¶ Tertiò mouetur per l. Ti-
tius.inf.de præscript.verb. ¶ Quartò mouetur
ratione: quia in materia differenti argumentũ
debet esse differens, argumento *l.naturaliter.ni-
hil commune.de acqui.poss.* Sed ita est, quod actio-
nes bonæfidei differunt ab actionibus stricti
iuris. *§. actionum. instit.de act.* ergo licèt pactũ in-
formet actiones bonæ fidei, non tamen infor-
mabit actionem stricti iuris. ¶ Quintò moue-
tur, quia *Informare* est extendere actionẽ vete-
rem, vt dixi: sed cõtractus stipulationis nõ reci
pit extensionem cum sit stricti iuris, *l. quicquid
astringenda.de verb.obl.* ¶ Sextò mouetur, quia ius
publicum pacto priuatorum non tollitur. *l. ius
publicum.inf.eo.& inf.ea.l.si paciscar.* sed iure publi
co scripto contrahitur verbis, *l.1. verbis. infra, de
act. & oblig.*

¶ Vltimò mouetur: quia est monstrum in
iure, quod stipulatio contineat mixtum da-
ri & fieri, *l.2.in prin.inf.de verb.obl.* ¶ Vos tenebitis **Cõmunis**
communem sententiam gl. & doct. quod imò **opinio.**
pactum informat stipulationem, quia text. est
in l.lecta.ver.dicebam. inf.si cert.pet.

¶ Nec est bona responsio, quod ibi loqua-
tur de virtute reformatiua: quia hæc respon-
sio est directò contra rationem Iurisconsulti,
in dicta leg. lecta. in text. dicebam enim pacta inesse.
Quomodo enim pactum inesset stipulationi,
si stipulatio esset reformata, id est reuocata,
quia † non entis nullæ sunt partes, nullæ qua- 10
litates, *leg.si seruum.§.1.infra, de action.empt. leg.*

eius, qui in prouincia. inf. ſi cert. pet. ergo ibi in d. l. lecta, eſt caſus contra opi. domini Pet. ¶ Secundò moueor ratione: nam quæ eſt ratio virtutis informatiuæ? certè eſt, quia pacta dicuntur ineſſe: *vt dicit Iuriſconſultus hic in ver. ſolemus. & in d. l. lecta. in verſiculo, dicebam*, quę ratio militat etiã in contractibus ſtricti iuris. ¶ Vltimò moueor, quia nõ eſt veriſimile, contrahentes velle ſtatim reuocare contractũ: *arg. l. non ad ea. inf. de condi. & demon.* Item facit, quia virtus reformatiua propriè cadit ſuper ſubſtantialibus contractus, *§. adeo. inf. ead. l.* Sed materia noſtra loquitur ſupernaturalibus vel accidentalibus contractus: *vt notatur in l. pacta conuenta. inf. de contrahen. emp.*

Exempla nõ reſtringunt regulam.

¶ Non ob. primum argumentum, quia reſpondeo, quod exempla non reſtringunt regulam, *l. damni infecti ſtipulatio. inf. de dam. inf.* Nõ obſt. ſecundum argumentum de §. cum adijcitur, quia reſpõdeo, quod ibi ſtipulatio erat vitiata propter diuerſitatem qualitatis, vt ibi dicit Iuriſconſultus. Nos autem loquimur, quando ſtipulatio etiam ab exordio erat valida.

¶ Non ob. tertium argumentum de l. Titi⁹, quia reſpon. quod ibi ideo datur actio præſcri. verbis, cum dubitaretur de nomine cõtractus, *l. 1. & 3. inf. de præſcr. verbis.* ¶ Non ob. quartũ arg. de materia differenti: quia reſpond. argumentum procedere, niſi ſit eadem ratio in actione ſtricti iuris, prout bonæ fidei, *arg. l. illud. inf. ad legem Aquil.* Sed hîc eſt eadem ratio, quia pactum dicitur ineſſe: vt hîc in §. noſtro.

¶ Non

¶ Non ob. aliud arg. quod informare sit extendere, quia respond. quod iuris interpretatione pactum dicitur inesse stipulationi, & sic non est extensio, iuris fictione, *d.l. lecta. ver. dicebam.* ¶ Non obst. pen. argum. de d. verbis. quia respondeo, vt sup. statim dixi, vel aliter, quod hoc non contingit potestate vel conuentione partium, sed potestate legali, quę vult, quod pactum in continenti appositum iuxta contractum informet, *vt hoc §. nostro. in princ.*

¶ Nō ob. vltimum de monstro: quia respondeo, quod imò non est monstrum, quod stipulatio contineat mixtum dandi & faciendi: *quia tex. est in l. veteris. C. de contrahend. & comit. stipu.*

¶ Ex prædictis infero conclusiones: prima quod pactum in continenti appositum iuxta contractum bonæ fidei, informat. secundùm omnes. ¶ Secunda conclusio, pactum in continēti appositum iuxta stipulationem informat contra nonnullos modernos. ¶ Tertia conclusio pactum in continenti appositum iuxta stipulationem non reformat stipulatio. contra nonnullos moder. ¶ Opponitur contra §. no- 11
strum, quod imò pactum ex interuallo actionem producat, *de §. adeo. inf. ea. l. Solum.* Aut loquimur in pactis substantialibus, & loquitur, *d. §. adeo.* Aut in pactis accidentalibus vel naturalibus, & tunc loquitur noster §. quinimò. Et quæ dicantur pacta substantialia, naturalia, vel accidentalia, ponit gl. nostra *in l. pacta conuenta. inf. de contrahen. empt.* ¶ Et notabitis vnum sin- 12

Singulare. gulare Gulielmi & Angel. *in dict. l.adeo.& in l.ab emptione. inf.eod.* quod licèt partes possint recedere à contractu, tamen in præiudicium tertij non possunt recedere, *l. insulam.& l.si mulier.inf. solu.matr.* exemplũ notabile pone, quod de contractu emptionis soluatur gabella : ego & tu fecimus contractum venditionis : deinde ex interuallo ambo recedimus à dicta venditione: certè non possumus recedere in præiudicium gabellæ.

GLOSSAE magnæ explicatio.

Gl. magna, quæ incipit quinimò etiam diuiditur in tres partes: in prima ponit triplicem intellectum : in secunda declarat virtutem informatiuam: in tertia ponit sex vestimenta pactorum. Secunda ibi, & dicitur actio informari. tertia ibi, & nota quod pactum vestitur.

¶ In ea. ibi §. fin. nota quod aliquãdo dictio, *quinimo* stat correctiuè. ¶ In ea. ibi, ponitur: notabitis ex hac gl. quod dictio Quinimo significat vim attractiuam. ¶ In ea. ibi, item & ideo docto. reprobant istam gl. quod imo Actio ex vẽdito informata est bonę fidei. per tex. *in l.2.C.de pact: inter emp.& vendi.* Et ego comprobo p text. *in §.actionum.insti.de act.* vbi actio ex vendito dicitur esse bonæ fidei. ¶ In ead. ibi. l. ratio. §. 1. Pulcher est articulus, vtrum Actio † præscrip. verbis, quæ oritur ex pacto vestito cohærentię cõtractus, dicatur bonæ fidei: vel stricti iuris. Guli. de. & Iac. Butri. tenent quod sit bonæ fidei: pro quibus ego volo arguere : primò quia ex mora

Dictio Quinimo quã vim habeat.

13

14

mora datur actio præscriptis verbis ad fructus, *l.2.C.de pactis inter empt. & venditor.* Et actio stricti iuris non datur ad fructus ex mora.*l.cum fundus. in principio.infra, si certum petatur. l.mora. infra de vsur.* ¶ Secundò moueor, quia pars integralis debet esse eiusdem naturæ pro vt totum integrale, vt contractus, *l. quæ de tota.infra, de rei vendication.* Sed totum integrale vt contractus venditionis est bonæ fidei. *Institu. de action. §. actionum.* ergo ad istud pactum, quod est pars contractus venditionis, *l. fundi partem. infra, de contrahenda emptione.*

Pars integrale eius naturæ, cuius totum integrale.

¶ Vltimò moueor, quia accessorium sequitur naturam principalis, *l.quod per manus. infra, de iure codicill. l. cum principalis. infra de regulis iuris.* ergo pactum tanquam accessorium sequitur naturam contractus venditionis.

¶ Sed communis sententia doctor.sequitur gloss.nostram, quod imo actio præscriptis verbis non est bonæ fidei, nisi in duobus casibus, scilicet ex permutatione æstimatoria, vt *dicit text.institut.de action.§.actionum.*ergo in alijs casibus est stricti iuris.

Cōmunis opinio.

¶ Secundò moueor, quia productum sequitur naturam sui producentis, *l. quod si nolit. §. sed mancipium. infra, de ædilitio edicto. l. licet. §. ea obligatio. infra, de proc.* sed producens, i. pactum est stricti iuris, *l.si vnus.§.ante omnia.infra eo.* ergo actio præsc.verbis erit stricti iuris. ¶ Non obst. primum arg. quia respondeo, aliquando peto id, quod nunquã fuit meum: & tunc procedit

Productũ sequitur naturã sui producentis.

cõtrarium, ſed ſi peto id, quod aliquando fuit meum, licet actio ſit ſtricti iuris, tamen veniũt fructus ex mora, *l. videamus. §. ſi actionem. inf. de vſur. & ita loquitur text. in d. l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit.* ¶ Non ob. ſecundum argumentum, quia reſpondeo, aut conſideramus pactũ prout informat: & dicitur ineſſe. Et ita procedit argumentum. Aut cõſideramus pactum vt veſtitum cohærentia contractus, vt in caſu noſtro: & tunc non dicitur pars integralis præcedentis contractus. Vel ſecundò reſpondeo, quod argumentum de parte integrali ad totum vel è contra non habet locum, quando eſt diuerſa ratio: ſed hîc eſt diuerſa ratio, *vt dixi in ſecundo fundamento pro gl. & doct.* ¶ Non obſt. vltimum argumentum, quia reſpondeo, quod pactum non eſt acceſſorium, imò venit accumulatiuè, *vt inf. hoc §. noſtro.* ¶ Ex præmiſſis habetis duas concluſiones communes: prima concluſio, quod actio informata ex vendito eſt bonæ fidei: ſecunda concluſio. actio præſcriptis verbis quæ oritur ex pacto appoſito iuxta cõtractum, eſt
15 ſtricti iuris. ¶ Videamus † intellectum l. Labeo ſcribit, ſi mihi bibliothecam. inf. de cõtrahen. emp. Vbi concurrit actio præſcriptis verbis cũ actione ex vendito. Bart. *in l. ſi quis cum debitore. inf. de iureiur.* dixit, quod ex æquitate datur actio præſcriptis verbis. Sed in veritate non video aliquam æquitatem: cum habeat venditor actionem ex vendito.

Quare Angelus dixit, quod in d. l. labeo. eſt duplex

Digitized by Google

duplex contractus, scilicet nominatus, ex quo oritur actio ex vẽdito, & innominatus, ex quo oritur actio præscriptis verbis. Sed iste intellectus non placet, quia in d. l. labeo. est contractus conditionalis venditionis, non autem cõtractus innominatus, *l. cum ab eo. in fin. infra, de contrahen. empt.* quare ego aliàs dabam rectum intellectum, quia actio præscriptis verbis & actio ex vendito datur ad diuersa in d. l. Labeo. quia actio præscriptis verbis datur ad implendam conditionem: sed actio ex vendito datur ad pretium. Sed postea mihi non placuit iste întellectus, propter implicatiuam (*etiam*) quæ est in d.l.labeo. Quare alius est intellectus in d. l. labeo. quoniam aut consideramus veritatẽ, sc. non impletam conditionem: & quia dubitatur quæ actio debet dari, datur actio prescriptis verbis, *argumento. l. 2. & infr. de præscriptis verbis.* Aut consideramus iuris fictionem, & tunc, quia lex fingit purificatum contractum venditionis, datur actio ex vendito, *vt in ratione sui sentit Iurisconsultus in d. l. labeo.*

¶ Et nota † quod Bar. & Ang. *in le. lecta. sup. si cert. pet.* concludunt, quod pactum informat contractũ conditionalem. Sed ego arguo contra eos: nam nemo dat quod non habet, *l. traditio. inf. de acq. re. do.* sed contractus conditionalis non habet obligationem nec actionem, *l. cedere diem. inf. de verb. sign.* ergo non potest informari obligatio siue actio. ¶ Secundò moueor, nam quemadmodũ pactum conditionale nõ 16

Dare non potest qui nihil habet.

informat, neque informatur, *l. hac venditio. §. fin. inf. de contrah. emp.* ita & econtra contractus conditionalis nõ poterit informari. ¶ Nec ob. l. in venditione. allegata à Bar. quia respondeo, q̄ tex. nihil dicit de informatione, sed pactũ esse seruandũ: vel aliter ego respondeo, & isto modo possum saluare doc. q̄ pactũ informat contractum conditionalem eueniente cõditione, sed ante euentũ conditionis non informat pu

17 rè, sed cõditionaliter. ¶ Articulus subtilis † est, quæ sit ratio, quare in contractu innominato, facio vt des, detur actio de dolo, non præscriptis verbis, *l. naturalis. §. quod si facias. inf. de præscri. verbis.* Glossa ponit rationem, quia ex facto, puta manumittẽdo seruum, nihil adest aduersario. Sed hęc ratio non videtur bona: quia idem videretur dicendum in cõtractu innominato facio vt facias, quando ex facto nihil est aduersario: & tamen dicitur actio præscriptis verbis, *d. l. naturalis.* Vltram. aliã rationem ponũt: quia actio præscrip. verbis æquitate nititur, *l. quoties.* sed hic nulla est æquitas: quia nihil adest aduersario ex hoc facto, sed hæc ratio Vltram. reprobatur eadem ratione, prout ratio gl. ¶ Quare Iac. Bu. aliam rationẽ ponit, quoniam sub lato vno ex correlatiuis, tollitur reliquũ. *l. fin. inf. de acceptil. l. si vnus. §. & generaliter. inf. eo.* sed actio p̄script. verbis & cõdictio ob causam sunt correlatiua in cõtractu innoĩato, *vt notatur in l. si pecuniã. in prin. inf. de cõdi. ob cau.* sed cõdictio ob causã cessat, quando factũ est irrepetibile. *l. cũ proponas.*

nas.C.de dolo. ergo etiã cessabit actio præs.verbis. Sed hanc rationẽ subtilẽ reprobabitis: quia est eadẽ ratio in facio vt facias, qñ factũ est irrepetibile: & tamẽ datur actio præs. verbis, *d.l.naturalis.* ¶ Quare aliàs ego tenebã vnam nouã opi. quæ tñ in iudicijs non est tenẽda, sed in disputatione valet: vbicunq; adest dolus, tunc in cõtractu innominato facio vt des detur actio de dolo, *d.§.quod si faciã.* sed si nõ esset dol', sed negligentia vel culpa, tunc oriatur actio præs.verbis: *vt in l.nostra.§.1.* licet cõmunis sentẽtia glossarum & doct.sit, ꝙ in cõtractu innominato facio vt des detur actio de dolo, quando ex facto nihil adest aduersario, *d.§.quod si faciã.* ¶ Sequẽs articulus est, † vtrum contractus innominatus denominetᷣ à forma conuentionis, vel à forma impletionis, Vltramon. *quos sequitur Bar. in d.l.naturalis,* tenent quod cõtractus innominatus cognoscatᷣ à forma impletionis. Mouentᷣ, quia cõtractus innominatus regulatur secundũ naturam cõtractus noĩati, *l.1.§.si quis seruũ.inf.depositi.* sed cõtractus noĩatus cognoscitᷣ ex diuersitate ꝑsonarũ emptoris, vẽditoris &c. Ergo eodem modo in contractu innominato. Secũdò mouentᷣ ꝑ d.l.naturalis.§.fi. vbi nõ cognoscitᷣ contractus innoĩatus à forma conuentionis. Vltimò mouentur per d.l.naturalis.§.sed si dedi.

Cõmunis opinio. 18

¶ Vos tenebitis cõtra Bar. sequendo sententiã gl. nostræ, *quã etiã tenet Iac.Bu. in d.l.naturalis. & Ang. in d.l.si intra.inf. e.* ꝙ imò cõtractus innominat' cognoscitur à forma cõuentionis: moueor

ueor tali consideratione, quia magis ponderamus impletum quàm implementum, *l. si ita stipulatus. cum l. seq. inf. de nouatio.* ergo magis inspiciemus cõuentionem impletam, quàm ipsum implementum. ¶ Secundò moueor, quia magis attendimus principale quàm accessorium, *l. cum principalis. inf. de regu. iur. l. quod per manus. inf. d [illegible] codi.* sed conuentio est quid principale: implementum verò accessorium, vt probabo: quoniam in contractu innominato sequuto implemento, non oritur actio ex implemento, sed ex impleta conuentione, *l. ex placito. C. de rer. permut. & ibi not.* ¶ Non obstat primum argumentum de §. si quis seruum. Respondeo quod non est eadem ratio in contractu innominato, prout in nominato: vt probaui in primo fundamẽto. ¶ Vel aliter & singulariter respondeo, quod hoc argumentum facit contra Bart. quia in contractibus nominatis inspicimus conuentionem, non implementum: quia statim transeunt in proprium nomen contractus: *vt dicit tex. in hac l. in prin.* ¶ Non ob. secundum argumentum de §. fin. quia respondeo, quod ibi loquitur Iurisconsultus de exigendis inuicem debitoribus: & sic est contractus innominatus facio vt facias. ¶ Non ob. vlti. de §. sed si dedi. quia respondeo, vt ibi dicit gl. quod datur actio præscriptis verbis propter dolum.

Singulare.

¶ Ex præscriptis infero conclusionem per gl. contra Bar. quod cõtractus innominati cognoscuntur à forma conuẽtionis, non impletionis.

tionis. ¶ Alius est breuis articulus,† vtrum con 19
tractus innominatus possit fieri per terminũ conditionalem, puta do si feceris, in quo articulo Vltramon. concludunt quod non, quia contractus innominatus requirit duo extrema dispositiua, non suspensiua, *d.l.naturalis*, sed terminus conditionalis (*si*) suspendit, non autem disponit. *l.si quis sub conditione dandorum.infr. si quis omni.cau.te.l.cedere diem.inf.de verbo.significat.* ¶ Vos dicite, quod prædicta sunt vera, nõdum sequuto implemento condictis: secus si sit sequutum implementum, *vt notatur per gl.& doct. in l.adueteraui.§.1.& inf.l.si fundus.inf.ad l.Fal.* licèt Angelus senserit contrarium, *in l.si intra.inf.& per l.à Titio.inf.de verb.obl.* sed ego respondeo, ꝙ illa lex loquitur in stipulatione, non autem in contractu innominato. itẽ allegat Ange.l.labeo scribit, si mihi bibliothecam.inf.de cõtrahen.emp. sed respondeo, quod non loquitur in contractu innominato, & in contractu nominato venditionis: vt plenius dixi sup.in hoc §. Vltimò allegat l.hoc iure.§.1. itẽ de donatio. sed ego respõdeo, quod ibi aliquid aderat aduersario ex implemẽto. ¶ Vltimò quæro, nunquid, † si non seruetur pactum appositum in 20
contractu, possit recedi à contractu, an verò agendum sit ad interesse? respondi, aut non erat aliàs cõtracturus nisi obseruaretur pactũ, & tunc agitur ad rescindendum contractum, *l.cum te.C.de pact.inter emp.& vendit.* aut erat aliàs cõtracturus, etiamsi non obseruaretur pactũ, & tunc

Particula Si suspendit, non disponit.

& tunc non agitur ad resciss. contractus, sed ad interesse vel ad impletionem pacti, *l. ea cōditione. C. de rescin. vendi.* ¶ Sed bellissimum est videre an pręsumatur in dubio aliàs contracturus, vel non. Bal *in l. si vt proponis. C. de condi. ob cau.* dicit, quod vbi pactum præponderat cōtractui, præsumitur aliter nō contracturus, nisi obseruetur pactum: secus si pactū non præponderat. Et prædictis adijcite quæ eleganter scribit Bart. *in l. si. in vlt. col. inf. de condi. ob cau.* ¶ Articulus difficilis
21 in quo variant maiores nostri, † vtrum cōfesfessio liberatoria facta absente aduersario, possit ipsi absenti, vt saltē detur exceptio doli mali, gloss. *in l. non solum. §. si liberationis. inf. de libe. leg.* tenet partem affirmatiuā absenti, quod prosit absenti, *quam opi. sequutus est Guli. de Cu. in l. Pomponius. inf. de neg. ge. Ray. in l. nulla ratio. inf. de donatio. & Albe. in l. idem in duobus. §. 1. inf. eo. & Bal. in l. generaliter. C. de non nu. pe. pro qua opi. facit tex. in l. 2. C. eo. tex. in l. postquam liti. eo. ti. de pactis. 3. tex. in Authē. de testi. §. & licet. 4.* facit ratio, quia exceptio doli nitiť æquitate, *l. qui æquitate. inf. de excep. doli.* ¶ Ego puto contrariā sententiam veriorem, quod imò non prosit absenti talis confessio. primò moueor authoritate gl. *in l. idem in duobus. §. 1. & in d. l. Pomp.* secundò authoritate Iaco. Bu. *in d. l. postquam liti. C. de pact.* tertiò authoritate Bar. *in d. l. si liberationis.* quartò authoritate Bal. sibimet contrarii, *in l. & herendi. §. nos autem. inf. eo.* itē authoritate Ant. de Bu. *in c. ex parte. de confes.* Item moueor per tex. *in l. si tibi. §. si pactus. inf. eo.* & per tex.

in d.

in d.l.& hæredi.§.nos autem.verſ.cæterũ.& moueor, quia ſpeciale eſt quando nomine abſentis recipit illam confeſſionem, vel illud pactũ, *l. reſcriptum.§.ſi.inſ.eo.* ergo in contrariũ eſt ius commune, *l.ius ſingulare.ſup.de legi.* Vltimò moueor, quia in pacto vel in cõfeſſione liberatoria ineſt donatio, *l.ſi quis obligatione.in gloſ.inſ.de reg.iur.* Et donatio nõ fit abſenti, *inſ.de don. l.nec abſenti. & l.nec ignorãs.C.eo.* ¶ Nec placet opin. Ang. *in d. l.de in duobus.§.1.*vbi Ang.cõſtituit differentiam in modo apponẽti. Nã ſi opponatur exceptio pacti vel doli, tunc non prodeſt abſenti, *argumento notatorũ pro hoc in c.veniens.de renun.* Sed hęc opi.Angel.vel nõ eſt bona, vel eſt reſtringẽda, quando confeſſio liberatoria emanat ſuper actione reali, vel ſuper actione perſonali, in caſu quo requiratur præſentia partis, *prout dicit Inn.in d.c.veniens.* ¶ Nõ obſt. primũ arg.de d.l.2. quia reſpondeo (ibi in pacto liberatorio facto in iudicio, nos aũt extra iudicium) quod illud ideo eſt ibi propter tacitũ pactum præſumptũ à lege, vt ibi dicunt doct. ¶ Non ob.ſecundum arg.de l.poſtquã liti.quia reſpondeo, ꝙ loquitur in pacto liberatorio facto in iudicio, nos autem quando extra iudicium. ¶ Non ob.3.de §.& licet. quia reſpondeo, ꝙ ibi pars fuit præſens.¶ Non ob.vltim.quia reſpondeo quod illa ratio eſt nimiũ generalis: vel aliter, nulla eſt æquitas, poſtquã præſens nõ eſt pars. *d.l.abſenti.* Obiectio.

¶ Ex quib.omnibus facio concluſionem, ꝙ Confeſſio liberatoria facta abſente parte, non prodeſt abſenti. 22

¶ Fal-

-o/a 751 a 755-

¶ Duodecimò fallit in confessione emanata super actione reali, *secundùm Inno. in d. c. veniens. de renunt.*

FINIS.

REPETITIO PETRI BELLA Perticani Iurisconf. clariss. in §. adeo. ex l. iurisgentium. ff. de pactis.

SVMMARIVM.

1 *Emptionis & venditionis contractum posse rescindi per pactum ex interuallo appositum.*

2 *Conuentionem valere de remittenda parte rei, non secus ac de remittenda parte pretij.*

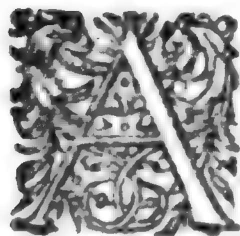
3 *Obligationis naturam nonnunquam immutari [illegible] persona successorum. & num. 7.*

4 *Pactorum contractibus appositorum quædam esse substantialia, quædam accidentalia, & quadã naturalia.*

5 *Pacta naturalia contractibus apposita quæ dicãtur.*

6 *Partis quoad partem, sit ne semper idem ius statuendum quod totius, quoad totum.*

8 *Pactis pluribus circa substantialia contractus appositis, an ex singulis agi possit.*



ADEO &c. §. iste situatus est ff. de pa. in l. iurisgentium, & continet quatuor dicta. Primò loquitur, vbi in totum receditur ab emptione, secundò loquitur, vbi pro parte est recessum cum diminutione

Digitized by Google

rei. quartò ſubiungitur nouus caſus. Pone, vendidi tibi librum pro x. rebus integris, ex interuallo conuenimus, quod à venditione recederemus: nunquid ipſo iure à prima venditione eſt receſſum? dicit Iuriſcon. adeo pacta in contractibus bo. fidei operãtur, quod ipſo iure eſt receſſum. Sed pone, librum tibi vendidi pro x. re integra cõuenimus, quod habeas pro quinque, nũquid effectum habet iſtud pactum? dicit Iuriſcon. ſi ita eſt, quod per pactum in totũ poteſt à toto contractu recedi, cur non poteſt per pactum pro parte recedi? non eſt ratio: nã & reformari poteſt. pone, tibi vendidi, codicẽ & dige. pro x. deinde conuenimus re integra ꝙ ſolũ habeas Codicem, nunquid valet iſta conuentio? dicit Iuriſc. ſicut pactum de remittenda parte pretij valet, ſic pactum de remittenda parte rei valet. Pone, vendi tibi domum pro x. rebus integris, te mortuo, relictis duobus hæredibus, alter hæredum conuenit, quod venditio nulla eſſet pro parte ſua: quid erit? dicit Iuriſcon. pro parte alterius, tũc valet venditio, & idem eſt in obligatione alia quacunque. h. d.

¶ Iſte §. conſueuit repeti, quia doctores hîc recitant glo. l. ff. de contrahen. emp. & vend. l. pacta. non propono hîc recitare, ſed hoc ordine procedam: primò caſum repetam, & exponam literalia, deinde ſignabo contraria, tertio veniam ad materiam huius §. quæſtionem
1 vnam formãdo: & non plus. No. † quod Pacta ſubſtantialia poſt contractum venditionis appoſita

Digitized by Google

posita ex interuallo ipso iure venditionem rescindunt, vẽdo tibi librum pro x. deinde ex interuallo conuenimus, quod liber ille sit inemptus: tunc facit vt à prima venditione sit recessum, *vt hic & inf. e. l. ab emptione. & C. quã li. ab emp. l. 1.* Et secũdò hoc est verum omnibus rebus integris, quia tu mihi non soluisti x. nec ego tibi librum tradidi: quia solo consensu contrario rescindi potest. *sic intelligo l. alle. in prin. & inf. de re gu. in. l. nihil.* Sed si res nõ essent integræ, quia ad dationem libri processi: vel tu ad traditionem pretij, non ipso iure rescinderetur, sed solùm induceret pactum de non petendo, nisi rebus primò in pristinum statum deductis, *vt inf. ea. l. ab emptione. & C. quando li. ab emp. l. 1. & 2.* ¶ Not. quicquid iuris est de toto quo ad totum, idem est de parte quoad partem: *vt hic & inf. de vsu. l. qui scit. & inf. e. l. si vnus. §. pactus.* ¶ Not. sicut † conueniri potest de remittẽda parte pretij: sic potest conueniri de remittenda parte rei. Vendo tibi domum pro decem, sicut conuenire possum quod tu habeas domum pro quinque, partem pretij remittendo, sic etiam partem rei venditæ possum remittere, & est ratio *in de. rescin. vendi. l. cum emptor. & inf. de act. emp. l. pen.* 2

¶ Not. quandoque † ex persona successorũ natura obligationis immutatur vt hîc: vendo tibi domum pro x. si conuenires quod pars tãtùm esset in emptione, non esset contractus remissus, sed renouatus. Sed pone, tu decedis duobus hæredibus relictis: vnus conuenit, 3

quod pars sua sit inepta, tũc contractus est remissus, *vt hîc & inf. de lega. in l. legatarius.* Opponitur duobus, vel tribus medijs, dicitur hîc, quod pactum ex interuallo appositum habet effectum, quod ipso iure à contractu potest recedi. contra. per pactum non receditur ipso iure à contractu, sed solùm inducitur exceptio pacti: *vt inf. de contrah. empt. & vendi. in l. pacta conuenta. & in ead. l. si vnus. §. pactus.* dicit glo. ex pacto ex interuallo apposito potest à contractu recedi: hoc est verum, vbi pactum est de substantia: sed si de accidentalibus naturalibus, non,

4 *vt in l. contra.* ¶ Scire † debetus, quod pactorum quædam sunt accidentalia, quædam substantialia. Substantialia sunt, quæ pro substantia contractus interponuntur. Pone, vendidi tibi: deinde conuenimus quod à contractu recederemus. istud pactum est de substantialibus. de substantia est res & pretium, *vt infra de contrahen. emp. l. 1.* Ex quo conuenimus de substantialibus, tunc aut sunt contraria pacta: verbi gratia. Vendo tibi librũ. rebus integris conuenimus, quod recedant. sic intelligo §. istum in prin. aut sunt pacta similia, verbi grat. vẽdo tibi rem pro x. rebus integris. conuenit inter nos, quod haberes pro quinque: istud pactum licèt ex interuallo appositum, parit actionem. sic intelligo §. istum in 2. & 3. dicto.

5 ¶ Quædam sunt † pacta naturalia, quæ interponuntur super ijs, quæ sunt de natura contractus. de natura contractus est, quod venditor

Digitized by Google

tor de euictione teneatur, *vt inf. de euict. l. 4.* Pone. Vendo tibi librum, teneor tibi cauere de euictione. Vnde pone, fecimus pactum, quod per fideiussores tenear cauere. si incontinenti, tunc parit actionem, *vt l. alle. si ex interuallo.* communiter exceptionem parit, vt sup. §. proxi. ibidem &c. Quædam sunt pacta accidentalia, vt quod vadas pro me Romam. talia si incontinenti fiunt, pariunt actionem, & informãt veterem, *vt sup. §. proxi.* si autem ex interuallo interponantur, pariunt exceptionem.

¶ Opponitur † in secundo dicto dicitur, quod 6 quicquid iuris est de toto quo ad totum &c dicitur, sicut à contractu in totum potest recedi, sic potest recedi à parte. Contra, iura dicũt, Obiectio. paterfam. testamentum condidit sibi, & accessoriè filio impuberi. si testamentum patris in totum rumpatur, similiter & testamentum filij in totum rumpitur sæpe: sed rumpitur testamentum paternum pro parte: non tamẽ rumpitur testamentum filij pro parte, *vt inf. de inoff. testa. l. Papinia. §. sed nec impuberis.* Glo. non soluit, respondeo, quicquid iuris est de toto quo ad totum &c. verum est, vbi est eadẽ ratio totius ad totum, & partis ad partem. sic loquitur hîc. si vendat rem pro x. conuenimus, quod in totum recederemus: sic contrario consensu potest à contractu recedi, *vt inf. de reg. iur. l. nihil.* Pone. Vendo tibi librum pro x, deinde conuenimus, quod pro parte valeret, quia eadem est ratio. Sed dico, vbi non est eadem ratio, non est

 idem

idem ius: *vt in l.alle.* ſi rumpatur in totum teſtamentũ paternũ, quia impoſſibile eſt ſtare acceſſorium, quia nihil habet de principali, *vt infra de re.iur. l.cum principalis. & l.nihil. §. cum principale.* ſed pro principale rumpitur pro parte, nõ rũpitur teſtamẽtum pupillare pro parte: quia non eadem ratio. Vbi rumpitur pro parte, remanet pars partis, cui aliquid accedere poteſt. *ſic loquitur contra ar. C. de diſtrac. pig. l. quàm diu.*

7 ¶ Tertiò opponit: † dicitur hic, quod ex pſonis ſucceſſorum immutatur obligatio: quia ſi tibi vendidi librum pro x. & conuenimus ꝙ pro quinque habeas: non eſt receſſum à vẽditione: ſed vbi vnus hæres conuenit pro parte ſua, tunc in totum pro parte ſua à venditione eſt receſſum. Cõtra, imò ex perſonis ſucceſſorum non debet immutari obligatio. & ſic opponitur. inf. de ver. obl. l. 2. §. ex his. & inf. de ꝑto. ſtip. l. 2. §. incertam. non meruit ſignari. Verum eſt, immutatur ex perſona ſucceſſorũ, cõſentiẽte aduerſario. vnde dico ex perſonis ſucceſſorum non immutatur obligatio: verũ eſt reſpectu rei in obligationem reductæ, quia in eadem re ſatisfieri debet. Aliquis promiſit mihi hominẽ in genere, debet integrè in vno homine ſoluere, ſi decedat duobus hęredibus relictis, & vnus partẽ ſuam ſoluat in vno homine, illud non poteſt, vt in l. contra. Sed quãdoque immutatur ex parte cuiuſdã facultatis. Si legatum fuerit relictũ legatario, ipſe non poteſt pro parte legatũ agnoſcere, & ꝓ parte repudiare,

Digitized by Google

pudiare, sed ipso decedente duobus hæredib⁹ relictis: vnus potest partẽ suã agnoscere, alius repudiare: *inf. de lega. inf. l. legatarius.* ❡ Gl. mouet quęstionẽ non hîc: sed in l. pacta, tamẽ oportet ꝙ videatis, ad hoc quod intelligatis. Secũdum quod dixi. Tria sunt pacta naturalia: accidẽtalia: substantialia. de naturalibus & accidẽtalib⁹ nihil hic: quia in l. allegata pacta: tractatur: sed de substantialibus, sic & quædã sunt pacta, quę ipso iure primum contractũ rescindũt, vbi rebus integris interponũtur: *vt hic. & alleg. l. ab emptione.* quædam sunt similia: vt si vẽdo tibi librũ pro x. deinde conuenio quod pro quinque habeas, vel 8. secundũ pactum valet ad agẽdum: nam ex ipso pacto agi poterit: *vt hic in secundo & tertio dicto.*

❡ Nunquid vbi est † ponere duo pacta substantialia, possit ex vtroque agi. primò vendidi tibi librum pro x, deinde conuenio ex interuallo quod habeas pro viij. sunt pacta similia: nunquid ex vtroque agi potest. dicit Mar. ex vtroq; agi potest: ex secundo secũdùm formam ipsius: & ex primo secũdùm formam secundi. probo, l. ista dicit, quod primus contractus est renouatus, ergo remanet, ergo &c. sic & *infra ead. lege, si vnus. §. pactus. versic. sed si pactum. in fin.* vbi gloss. dicit, quod istud non est verum: sed solùm ex secundo agetur, & primus tollitur. Paulus notat, siue interponit de augendo diminuendove à primo est recessum, *vt infra, de contrahend. empt. leg. pacta. §. Paulus.* 8

Ad legem Martinus respondet, qui dicit, quod primus contractus renouatur: hoc est verum, si hoc agatur, si tamen non agatur, non est renouatus, dicit Mar. Eodem modo respõde ad iura contra me: recessum est per secundum à primo: hoc est verum, si agatur: aliàs nõ. sic intelligit §. Paulus. dicit Azo. aut in continenti est appositum: & tunc ex vtroque agitur: aut ex interuallo: & tunc tantum agetur ex secundo. *sic intelligit §. pactus ne peteret. & l. alleg. pacta. §. Paulus.* probatio, lex dicit testator mihi domum legauit primò purè, deinde sub conditione, nunquid ex vtroque agitur. distinguitur. *arg. inf. de codi. & de l. non ea.* ista distinctio est contra rationem mirabiliter, si in continenti secũdum pactum sequitur primum, agitur ex vtroque; si ex interuallo, tunc agetur ex secundo tantùm. & ideo dicit Odof. contra. Aut ex interuallo est appositum, tunc ex vtroque agitur: aliàs non. sic *inf. de manu. tena. l. Stichus.* Imò dicit Richardus de Lingonijs, aut secundũ pactum minus pretium continet quàm primum: & tunc ex vtroque agitur: aut continet pretiũ idem quod primum: & tunc solùm ex eo agetur: sic intelligit iura Martini & Iohan. Et ꝓbatur. Aliquis mihi promisit x. deinde ab eo sum stipulatus quinque. per secundum non est recessum à primo. sed pone, stipulatus sum x. deinde ab illo eodem x. ideo à prima est recessum. vt l. vlt. illud est ridiculosum dicere. supponit vbi pactum simile sequitur. aliud pactum sub-

ſubſtantiale, quod recedatur ab alio vt nouationis. Iſtud non eſt verum, ideo non receditur vi nouationis, ſed ex natura conuentionis: vt *inf. ead. l. vnus. §. pactus.* nec poterit tunc dicere quod ſententia Martini ſit vera hodie. Dico idem hodie quod olim, teneo ſententiam Mar. quod per ſecundum pactum ſimile ſubſtantiale poſitum poſt primum, non ſit remotum primum, ſed renouatum. & ideo vt Mar. dicit, probo per rationem: primò rationabile eſt, vbi pactum contrarium eſt, quod recedatur à primo: *vt infra, de regulis iuris, l. nihil.* ſed vbi vtrumque pactum eſt ſimile, quare diceremus quod eſſet receſſum à primo, & ideo à primo non eſt receſſum, ſed renouatum eſt. hoc dicit iſte §. Primus contractus eſt renouatus nõ annullatus. *vt §. allega. pactus. & eſt l. expreſſa. infra. loca. & conducet l. ſed addes. §. ſi dominus.* Ad l. Ioann. reſpon. per pactum, ſiue de augendo, ſiue diminuendo, eſt receſſum à primo, id eſt, à forma prioris contractus: ſed non ab ipſo contractu: ſed poteſt agi, dum tamen ſecundùm formam ſecundi, hoc eſt verum de pactis ſubſtantialibus: de pactis naturalibus & accidentalibus non dico hîc, *videbitis inf. de contrahend. emp. & vendi. l. pacta conuenta.*

F I N I S.

REPETITIO PETRI ALVAROTI IN §. SI PACTO. EX L. RESCRIPTUM. FF. DE PACTIS.

SVMMARIVM.

1 *Nouatio quid sit: quomodo, vt plurimum, fiat.*

2 *Conuentio nouans reperitur in duplici differentia.*

3 *Stipulationem pœnalem subiectam pacto de non petendo, non nouare exceptionem ex eo pacto competentem. & nu. 19. & 21. & 22.*

4 *Electio in alternatiuis cui competat. & nu. 7.*

5 *Reus an poßit pluribus remedijs sibi competentibus vti, an verò electione vnius, reliqua tollantur.*

6 *Actionem & exceptionem habens ad eundem effectum, an poßit eis simul vti. & nu. 13.*

8 *Exceptiones an & quæ litis contestationem impediant.*

9 *Exceptionem habens, an & quando poßit petere, quod obligatio ei accepto feratur.*

10 *Intellectus ad l. vbi pactum. C. de transact.*

11 *Acceptilatione tolli obligationem ipso iure.*

12 *Exceptionis & actionis ad pœnam concursum admitti, vbi per pactum omnis obligatio tollitur.*

14 *Iusiurandum pacto appositum non esse minoris effectus, quàm clausula, rato manente pacto, atque inibi de effectu iurisiurandi circa testamentum aliàs inualidum.*

15 *Transactio tametsi post rem iudicatam inutiliter interponatur, si tamen iusiurandum accesserit, valet.*

16 *Iusiu-*

Digitized by Google

16 Iusiurandum solum non producere obligationem, nisi praecedat contractus.

17 Clausula, rato manente pacto, quid operetur.

18 Contractui contraueniens non debet ex eo iuuari.

20 Pacti de non petendo effectus tres.

23 Intellectus ad l. duo societatem. ff. pro socio.

24 Contractus praecedens an & quando nouetur per subsequentem stipulationem. & nu. 28.

25 Conuentionem ex causa lucratiua nouari per sequentem stipulationem pœnalem, quomodo sit intelligendum. & nu. seq.

27 Nouatio duplex est, vera scilicet & ficta.

29 Stipulatio vsurarum tametsi sit pœnalis, non tamen nouat praecedentem conuentionem.

30 Pœna quando peti possit cum re principaliter debita.

31 Pœna dispositioni alicui adiecta quando comitatur.

32 Pœna adiecta dispositioni aut conuentioni, an & quando nouet eam.

33 Pactum de non petendo an obliget naturaliter creditorem ad non petendum.

34 Pactum nudum de non petendo tollat ne naturalē obligationem. & nu. 36. & 38. & 40.

35 Pacto de non petendo non perditur, nec transfertur dominium. & nu. 39.

37 Praesumitur quilibet rem sic agere, vt valeat, & effectum habeat.

41 Obligatio omnis an tollatur per conuentionem liberatoriam.

SI PACTO. In nomine Domini Amen. In repetitione præsentis materiæ subtilis & altæ, §. si pacto. in l. rescriptum. ff. de pactis. resecatis pręfationibus & superfluis, more solito, & etiam omissa cōtinuatione triplici, quam in lectionibus explicaui, seruabo modum, qui patebit inferius, & in lectionum cursu.

Pro faciliori intellectu continuabo glos. secundùm ordinem in contrarijs quæstionibus & processu causæ prout in repetitionibus soleo, vt latius & subtilius dicenda explicem, deuiabo ab ordine glossarum aliter cōmentando §. nostrum, quàm per Accur. vel scribentes glossatus sit. Primò expediam materiam §. per contraria, formando demum aliquas quæstiones, annectendo dicta doct. & ne moderna tempora frustra sint, quædam subtilia & noua addendo: mensuram, prout melius videbitur, expediam. Primò itaque, vt quæ addenda sunt, exhibeam clariora, & præmitto, quod nouatio est obligationis in aliam transfusio, & communiter fit propriè nouatio per stipulationem, *sic infra, de noua. l. 1. licet.* & per aliū contractum fieri possit, vt est casus singularis, qui non est alibi, *in l. si mandato meo. §. fi. ff. mand.* sed hîc tamen agebatur expresse de iure antiquo, *l. item illa. inf. de constit. pec.* & in hoc differebat à stipulatione nouatio, *vt not. Bar. in l. 1. inf. de noua.* & requirit aliquam obligationem præcedentem,

Singulare.

Digitized by Google

tem, quæ nouetur, & requirit aliam conuentionem nouantem *d. l. 1. & 2. & l. quoties. infr. de noua. cum similibus.* † Nouans conuentio seu stipulatio est duplex: vna æqualis ad primã, quæ non est propriè materia nostri §. licet Guliel. hic adijciat. sed de hoc *in l. fin. C. de noua. inf. de noua. per totum. l. si dari. & l. quibus idem. ff. de verb. oblig. l. scire debemus. & l. qui vsumfructum. eod. tit. cum seq. quam plenè Bar. ponit in l. pen. inf. de prætor. stipul.* alia verò nouans pœnalis est, quo ad præcedentẽ. & de hac loquitur iste §. sed *l. obligationum fere. in fin. inf. de actio. & oblig. l. ita stipulatus. inf. de verb. obligat. l. pacta conuenta. inf. de contrahend. empt. l. si qui à socio. & l. duo societatem. inf. pro soc. l. 1. inf. de penu. lega. l. 1. §. item. in fin. inf. ad leg. Sal. l. si cum præfinitione. & l. si penum. inf. quan. dies lega. ced.* Interdum conuentio præcedens, super qua interponitur pœnalis, tendit ad liberandum: *& loquitur §. iste. & l. vbi pactum. C. de transact. & l. cum proponas. eod. tit.* 2

¶ Secundò præmitto, quod interdum conuentio principalis & pœnalis non fundantur in persona eiusdem, sed in diuersis à parte eius, cui acquiritur obligatio: & non loquitur materia nostra, sed l. 1. in fin. inf. de stipul. ser. sed à parte eorum, qui obligantur, *& loquitur l. fin. §. de eo per quem fac. erit. & quod ibi dixi. l. nec nulla. §. pe. inf. de peti. here. & inf. de re iudi. l. is qui dolo.* Interdũ vtraque dispositio principalis & pœnalis fundantur in eisdem personis: *& loquitur iste §. cum se.* ¶ Tertiò præmitto, quod hic §, in gl. nostra legitur duobus modis. Primo modo quod habuit

buit respectum ad iura noua, secundùm quæ non fit nouatio, nisi agatur expressè: *vt C. de noua. l. fin.* & propter hoc vtrunq; remedium concurrit, sed habet electionem, *vt hic.* Secūdo modo quod loquitur secundùm iura antiqua, secundū quæ fiebat nouatio expressè vel tacitè: sed hic erat actū, ne fieret nouatio: & ideo non fit. Et sic non obstat *l. obligationum. in fi. de obli. & actio.* Tertiò legitur extra gl. per Franc. Accur. & Guliel. & opinionem cōmunem, quod loquatū in pacto liberatorio & stipulatione liberatoria, quæ non nouatur stipulatione pœnali, & hanc sequar, *vt infra dicam.*

Cōmunis opinio.

¶ His præmissis cętera prosequendo, diuido hunc §. in tres partes. Primò ponitur thema, & quæstio ex themate surgens. Secundò responsio Iurisconsulti cum modificatione. Secunda ibi, Sabinus. Tertia ibi, si tamen ex causa, & in summa. h. d. Si pacto de non petendo subijcitur stipulatio pœnalis, & contra pactū fiat, exceptio pacti nō nouatur pœnali stipulatione: sed habens electionem illorum, altero debet esse contentus: & electa exceptione pacti, debet accepto ferri stipulatio pœnalis. *h. d.* Casū in terminis pone sic: quærebatur à Iurisconsulto, domin⁹ Titius fecit mihi pactum de nō petendo, & si peteret, promisit pœnam, puta centum. ¶ Pone quod postea venit contra pactū. Quæritur quo remedio vti possim, an exceptione pacti, aut actione stipulationis ad pœnam? respondet Iurisconsultus allegando decisionem

Digitized by Google

cisionem Sabini, quod vtriusque electionem habeo, dummodo altero fui contentus. Vnde si agentem exceptione repello, cum hoc stipulatione agere non possim: sed à promissione pœnæ debeo prædictum per acceptilationem liberare. h.d. lego literam.

¶ In text. ibi, si pacto, scilicet nudo de non petendo, & sic liberatorio: vt nihil obstet. In text. ibi, subiecta pœna. in qua interponenda paria sunt exprimere, promitto tale quid: & si non dedero, dabo tale quid: vel addere pœnam, & promittere dare tale quid, vel facere sub pœna, *vt notabiliter dicit hic cauda gloss. fin. quæ singularis est, & non est alibi, pro qua facit d. l. hæredes. §. idem iuris.* Singulare.

¶ In text. ibi, stipulatio pœna promissa, si fiat contra pactum. ¶ In text. ibi, ex stipulatu. an ista monosyllaba *(ex)* potest hic significare causam immediatam pro nomine actionis, ponendo quod in pœna veniat quid incertum: quia ad certa non daretur actio ex stipulatu, *l. si quis certum. infr. si cert. pet. simile in l. eo tempore. in fin. infr. de pecu.* Item causam mediam vel naturalem, id est, ipsum contractum, vt exponatur ex stipulatu actio, id est, actio ex stipulationis contractu. certi condictio si quid certum, ex stipulatu, si quid incertum in stipulatione venit. & hoc voluit glossella secũda, quæ non eget alia expositione, qnoniam textualis & clarissima est. Nam dictio (*ex*) diversimodè ponit: *put habetur per doc. in l. ex hoc iure. sup. de iust. & in-*

& iure. & l.1. §. ex interdicto. infra, de incend. ü. naufrag. ¶ In text. ibi, vtraque, id est, altera v l vtrauis. & quare hoc dixerit, infra dicam pı)ut dictio (*vt*) declarat & modificat præceden ia. Aliquando aliter ponitur *per Cyn. C. de con rah. & commit. stipu. l. secundum responsum. & per do. 3ald. in l. edita. C. de edendo.* ¶ In text. ibi, stipulati ›nem, scilicet pœnalem accepto & ferri suba ıdi. & econtra, si pœnam petit, exceptionem omittere debet, *vt hic not. in gloss.* nec admittit ır variatio post litem contestatam. *l. quod in h. redem. §. eligere. de tribu. & tenet Bar. in l. vbi pactum. Cod. de transact.* ¶ Not. primò ex hoc §. quod stipulatio pœnalis non nouat exceptionem pacti liberatorij competentem stipulanti, & sic ius excipiendi non nouatur stipulatione pœnali: *concordat l. si pater. §. mulier. inf. de pact. dot. C. de transact. l. cum proponas.* ¶ Secundò nota, quod ille cui competit remediũ exceptionis pacti & actionis ad pœnã, nõ altero debet esse contẽtus. Ex quo infertur quod exceptionis & actionis ad pœnam admittitur cumulatio. *de quo habet in materia l. edita. C. de eden. & infra tangam.*

¶ Tertiò nota, quod licet non fiat nouatio pacti liberatorij per stipulationem pœnalem, *vt dixi*, tamen per electionem vnius præiudicatur in alio. Ratio est, quia pœna succedit loco pacti liberatorij, ideo altero debet esse contẽ-
4 tus, *d. l. apud Celsum. §. Labeo.* ¶ Quartò nota, ꝙ in alternatiuis illius est electio, pro quo alternatiuum remedium introducitur, *l. quod in here-dem.*

Digitized by Google

dem. §. eligere. infra, de tribu. & l. cum filius. §. varijs. de leg. 1. ¶ Vltimò not. quod ille cui ex legis dispositione superuenit exceptio, potest agere & petere quod liberetur per acceptilationem à stipulatione pœnali. Nam in casu nostro, si conuenit, vtetur exceptione pacti, & sic acquireretur actori exceptio stipulationis pœnalis, ex legis dispositione: à qua stipulatione pœnali petit se liberari per acceptilationem. *concordat l. si pater. §. si mulier. inf. de pact. dot. & l. si cum exiguã. C. de codic. ob cau. cum seq.*

¶ Collectis textualibus, antequam intrem materiam principalem, quædam formabo cõtraria contra literam, vt facilior sit eius intellectus. Et primo oppono de litera ad seipsam. Primo dicit, quod habens remedia exceptionis pacti & actionis ad pœnam, potest vti vtraque via: sed si hoc esset verum, sequeretur q̃ hæc remedia poterunt cumulari: quia dictio (*vterque*) notat concursum. *Cod. de impub. & alijs substi. l. pen.* quod est falsum, vt litera subijcit, & *est expressum in l. si pater. §. si mulier. infra, de pact. dot.* Solue vt & sentit glo. in sui principio, quia primam & secundam vt textuales expediui cum text. quod contrarium loquitur, quando hæc dictio acciperetur propriè: sed hic accipitur impropriè propter euitationem contrarij.

Vterq; notat concursum.

¶ In tex. ibi, vtraque id est altera, vel vtrauis, id est alterutra: similis expositio ponitur *in l. si ita. de iniustorup. & irri. test. per Bart. in l. hoc articulo. inf. de hære. instit. & hic glo.* Tu verò dic hanc expositionem

positionem, licèt in se veram, non tamen necessariam, nec congruam esse: quia cõtra proprium significatum, *l. fi. ad Trebell.* Sed dic quod stat propriè. nam vtroque remedio vti potest, potentialiter & habitu. Non enim sunt origine contraria. & ideo in tex. dicitur vtraq;. Sed respectu actus vel exercitij vtraq; non vtitur: imo per electionem vnius pręiudicatur in alia. & propter hoc subijcitur in tex. prout elegerit.

5 † Sed contra præcedentia, ac etiã notabile tertium im̃ediatè opponitur in secundo: iste cui fit pactum de non petendo, erat reus. apparet, quia cõtra ipsum agebatur ad debitum. Vnde plura remedia ei competentia poterit intẽtare, nec electione tollentur, *l. nemo pluribus. inf. de except. & in regula, nullus pluribus. de reg. iur. in ver. cũ si.* cuius cõtrarium hic infertur. Solutio, interdum quis est merè reus, & omnia illa remedia tendunt ad excipiendũ: & tunc cumulare potest, vt in contrarijs. Limitando tamen seu intelligẽdo, *vt notat Bar. in d. l. nemo. de except.* Interdum est actor & reus consideratione mixta: nã vnum remedium est exceptio, aliud pœna, vt in casu nostro: & vtrumq; simul nõ poterit intentare, sed tãtum vnum debebit eligere: *iuxta l. quod in heredem. §. eligere. de tribut.* Nam hic cessat æquitas, quæ permittebat huic reo plures exceptiones obijcere. ad quam erant duæ rationes in promptu: Vna, quia fauorabiliores &c. *l. fauorabiliores. ff. de regul. iuris.* Alia, quia est in potestate actorum, quando prouocent, non

rei

Digitized by Google

rei quando prouocetur, *l. pure.in fin. de excep.do.* Non enim vult hic se tueri per actionem ex stipulatu, sed exigere pœnam, vnde vtrunque consequi non potest: quia pœna succedit loco pacti liberatorij. Ideo altero debet esse contentus, *arg.l.apud.§.Labeo ait.de excep.do.*

¶ Sed contra istam solut.instatur, & tertio op. † Vbi quis est actor & reus consideratione mixta vtrunque intentare potest simul lege dicente, quod si testator legauerit liberationem debitori suo, & hæres petat ab eo debitum, excipere potest, & etiam agere, vt liberetur per acceptilationem, *l. quod mihi. cum si inf.de lib.* & sic exceptionis & actionis cumulatio non prohibetur: cuius contrarium nuper dixi, sol. interdum actio & exceptio habent diuersum finem, quia per vnam excipio principali, per aliam peto pœnam: & non admittitur cumulatio, *vt hic*: maximè quia pœna succedit loco pacti liberatorij, aliàs viderer idem bis velle consequi, quod non patiuntur iura, *l.bona fides.inf.depo.* Pœna autem videtur apposita sub conditione, si fiat contra: & sic subrogata in locum primæ conuentionis, non vt petantur simul, sed sub illa conditione, si venit contra dictam conuentionem, *dict. leg. apud Celsum. Paragra. Labeo. cum si.* sed in contrarijs ambo remedia, actio & exceptio, concurrunt circa eundem effectum, scilicet liberationem, quam defunctus voluit interponi: ideo concurrunt. & nihil obstat. 6

Ibi tamen aduertendum est, quod si aliquis habet exceptionem, & est sibi plenè cautum, ei non dabitur actio, sicut in casu *l. inf. §. si reus. sup. de eo per quem fa. erit.* Vbi quis habens exceptionem, quę facit interesse cessare, non consequitur actionem, quæ tantùm ad illud interesse dabatur, maximè quia illa actio erat subsidiaria merè. Et ratio est, quia quando non consequitur pleniorem effectum per actionem, quàm per exceptioné, esset potius inculcatio quàm accumulatio: sed si quis per remedium actionis consequatur pleniorem effectum, & *vt est in casu d. l. quod mihi.* tunc per exceptionem liberabitur ab obligatione totaliter, quod si per exceptionem non consequetur, ei etiam conceditur actio. & sic intelligo *l. si cum exiguam. C. de con. [illegible]au.* vbi quis tutus exceptione, liberationem cōdicit. *& l. 3. C. de condict. indeb. cum simil.* Ex quibus habes, quod cumulatur actio actioni, & dic vt in d. l. edita. cum sua materia. Interdum exceptio exceptioni, vel replicatio replicationi: & dic *vt in d. l. nemo. & in d. c. nullus pluribus.* Interdum actio exceptioni: & dic vnum quod dixi in concludendo, quod vbi electio parit p̄iudicium in alio, ibi prohibetur cumulatio: vt hac l. *& l. cum proponas. C. de transaction.* de qua materia, an exceptio cum actione accumuletur, *vide plenè per Bart. in l. si finita. §. eleganter. inf. de dam. infec.* Quartò opp. contra tex. & immediatè p̄cedentia, ꝙ nō sit electio agentis agere ad pœnam, vel excipere: sed in alternatiuis debet esse ele-

Digitized by Google

electio conuenti, *l. plerumque. in fin. inf. de iure dot.* Solu. contrarium loquitur in alternatiua rerũ vbi debentis est electio, hic iurium, vel mixtũ scilicet rerum & iurium, quo casu est electio agentis. Ratio, quia reus nunquam eligeret, *ar. ff. de iudi. l. solemus. & de verb. obl. l. inter stipulantem. §. Stichum. & pro hoc de eo, quod cer. lo. l. 2. §. 1. per Dy. in c. alternatiuis. de reg. iur. in 6.* † Pro quo passu cla 7
rificando vnum verbum dic. Aut verba in alternatiuis referuntur ad creditorem, & eius electio est, *l. si ita distrahatur. ff. de contrah. emp.* licèt loquatur in vltima voluntate, tamen in cõtractibus habet locum: vt tenet Dy. *instit. de actio. §. huic autem.* Aut ad debitorem, & ipsius est electio: *iuxta no. in l. Lucius. inf. de leg. 2.* Aut est dubium, & tunc aut loquimur in remedijs, & est electio illius ꝓ quo remedia introducta sunt: *vt hic. §. & §. eligere.* Aut in alternatiua rerum, & tunc debitoris, *l. plerunque. inf. de iure dot.* In mixta alternatiua locorum & rerum dic vt *in l. 2. §. Sceuola. inf. de eo quod cer. lo.* vbi de hoc est plenissima materia &c. *& per doct. aliquos in d. l. plerunq. de iure do.* Quintò opp. quod non possit pactu, exceptione pacti agere, vt liberetur: & sic vbi nulla obligatio, ibi liberatio nulla. Nam priuatio supponit habitum, *l. decem. de verb. obl. & l. sub conditione. inf. de sol.* Sed hic non erat obligatio. nam qui promittit non petere, solum litẽ cõtestando venit *contra l. amplius non peti. inf. rem rat. ha.* quæ contestatio hic fieri non potuit, cũ exceptio pacti de non petendo fuerit opposi-

Obiectio.

Liberatio esse nõ potest vbi nulla est obligatio.

sita, quæ habet impedire cõtestationem, cum in subiecto declinatoriè opponitur, *vt colligitur in l. 1. in fin. cum gloss. inf. ad* Tertull. igitur nulla liberatio est necessaria, quasi non fuisset commissio pœnæ facta.

ANNOTATIO.

Putarem ita respondendum esse. Creditor se à debitore nihil petiturũ, & si contra fecerit, pœnã daturum stipulanti promittat. Hic creditor ad pœnam tenetur, si quid à debitore exigat, quam reus actione ex stipulatu petere potest. sed quia (cum ne in damno esset duo habeat remedia ad se defendendum pacti exceptionem & actionem ad pœnam) vsus est exceptione pacti qua tutus est, hac debet esse contentus nec habere actionem ad pœnam, sed creditorem ab hac acceptilatione liberare quia id æqua erat, cum aliàs stricto iure ad pœnã teneretur, & debitor à principio hanc petere potuisset, tanquam ab eo qui verb. oblig. erat.

¶ Solutio. potest dici, quod hic non fuit opposita in vim declinatoriæ sed peremptoriç ad processum, & sic fuit cõmissa stipulatio pœnalis. nimirũ ergò sic acceptilatio requiritur, facit *quod no. in l. peremptorias. C. sen. rescin. non pos.*
8 *per do. & Iac. &* But. † vel meli⁹ & subtilius dicas, negando argu. exceptionem pacti & non impedire contestationẽ, sicut nec regulariter faciunt aliæ. *de lit. cont. c. exceptionis. li. 6.* Nec obstat æqui paratio, quæ fit *in l. fi. in fi.* ad text. scil. de exceptione transactionis, & rei iud. ad pactum de non petendo: quoniam æquiparantur quo ad excludendũ, non quo ad modum & tempus exclu-

Digitized by Google

excludendi: vt ibi etiam not. Ray. Speciale est igitur in illis tribus. i. transactionis, rei iud. & iurisiurandi, vt litis contest. impediant, nisi requirant altiorem indaginẽ. *l. nã & post e.a. in prin. infra de iureiur. l. eleganter. §. si quis. infra. de cond. inde. & in d.c.1. extra de lit. conte. in 6.* Ratio, quod illę exceptiones principaliter sunt inductæ gratia finiendarum litium. *C. de transact. l. si causa l.1. infra. de iureiur. & l.1. infra. de re iud.* potest etiam ibi assignari ratio: quia in illis exceptionibus verba edicti dicunt, actionem nõ dabo. & sic directè tendunt ad impediendum processum iudicij. Sed in exceptione pacti de non petendo. verba legis finem respiciunt seu effectũ causæ. Ait Prætor, pacta seruabo, non dicit, actionem nõ dabo. *l.1. & l. iurisgentium. §. prætor. sup. eo.* & si non impedit contestationem. Idcirco vbi lex dicit, non datur actio vel petitio, hoc casu impeditur litis contest. per exceptionem propositam. Ita intelligitur. l. 2. §. 1. infra ad Velleia. & infra ad Mac. l. 1. quod videtur esse in illa materia de mente Guliel. & Ia. But. & tenuit Ia. de Aret. in quadã disputatione *ad quod facit glo. & Bar. in l. nã & postea. infra. de iureiur.* Non tamen dico quod per illa verba actio non detur, & ipso iure tollatur, sed obijcitur exceptio, vt supra dixi. ꝙ est not. multũ, de quo in d. l. 2. §. 1. ad Mac. In ciuilib. loquor: nã in criminalib. hæc verba importãt, vt actio ipso iure non detur *Litem apud Labeonem. §. quod ait prætor. infra. de iniur. ad quod facit. l. si tibi. §. quadam. infra eo. & l. si vnus. Paragra. pactus*

&, quod tenet Ia. de Arc. in dicta sua disputa-
9 tione. ¶ Sextò † oppo. contra text. quod nullo
Obiectio. modo possit liberari per acceptilationem. nã
vbi post contractum factum alicui superuenit
exceptio, non potest petere quod obligatio
accepto feratur. Nam satis est quod habet exceptionem, *l. dedi. in princ. de cond. ob cau. not. Bar. in l. si finita. §. eleganter. de dam. infe.* Sed hic per electionem exceptionis pacti de non petendo, quam facit aduersarius, alteri, qui promiserat pœnam, acquiritur exceptio, vt non inquietetur ad pœnam: igitur non poterit petere vt liberetur per acceptilationem. Sol. Bar. *in d. §. eleganter.* hanc materiam notabiliter explicat. sed de isto casu nihil tangit: ideo potes dicere, quod aliquando superuenit exceptio ex legis dispositione, & potest quis petere vt sibi accepto feratur, *vt hic. & §. si mulier.* Aliquãdo ex cõtrahentium voluntate: & tunc non, vt in contrarijs. Ratio, quia aliquando venit ex conuentione, dispositio non operatur vltra intentionem ipsorum, quæ fuit de inducẽda exceptione, non de tollenda tamen obligatione, *arg. l. non omnis. in princ. inf. si cert. pet.* Ideo petere quod me liberet, peterem plus, quàm fuerit promissum. Nam non est obligatus mihi nisi naturaliter: & petendo quod mihi caueat, peto etiam quod ciuiliter obligetur. Vel primo si erã exceptione tutus, nũc peto vt me liberet ipso iure. & sic plus: propter quod audiendus nõ sum. sed quando ex dispositione legis, lex voluit proui-

Digitized by Google

prouidere plenissimè, & verba sua ad ius referenda sunt, *l. stipulatio ista. §. 2. de verb. obli.* & sic ad acceptilationem, quæ omnem obligationem tollit, & ius maximè: quia lex ipsa dat exceptionem efficacem illi, qui erat stipulatus pœnam: ideo vult quod liberet efficaciter promissorem, præcipuè quia dispositio legis maioris est potentiȩ, quàm vltima voluntas, *l. 1. C. com. de leg. & in vltima voluntate*, lex iubet, *l. quod mihi. de lib. leg.* igitur in casu nostro fit idem. ¶ Pro quorũ declaratione dico, quod interdum non petere ab vltima voluntate descendit: & potest petere debitor, vt acceptilatione liberetur. Nam tale non petere per illum impletur, *d. l. quod mihi.* quoniam verba testantis inferuntur ad ius, vbi acceptilatione facta non poterit amplius peti de iure. Interdum descendit ex dispositione legis per electionem exceptionis: & idẽ, vt in hoc §. quod antea non erat actum. & est addendum ad dicta Bart. Interdum descendit à conuentione partium & contractu, quia ꝓmisisti non petere à me, non ire ad iudicium, & similia: & tunc non possum petere, vt mihi caueas de non petendo, vel quod me liberes ipso iure, *d. l. dedi. in princ. cum gloss. de cond. ob cau. & quod no. in l. siue apud acta. C. de transact. & adde quod not. Bar. in d. §. elegãter. in l. si finita. de dam. infe.* Hoc verum vbi exceptio superuenit ex post facto: secus si à principio hoc dictaret æquitas, vt in obligatione extorta per metum: vbi possum petere me liberari, *l. si cum exceptione. §. sed si quis.*

infra quod me. cau. cum seq. Idem vbicunque æquitas nõ dictaret actionem esse apud actorem: vt si per errorem promissio † fuit extorta. *l. si cum exiguam. C. de condi. ob. cau. cum si.* Septimò ad idem subsequenter oppono iudiciũ & sententiam nõ debent facere deteriorem conditionem agentis. *l. euidenter. infra. de excep. rei iud. & not. in l. cum à te eo. tit.* Sed si excipiens & obtinens tenetur liberare alium per acceptilationem ex hoc, quod iudicium suscepit & obtinuit igitur, est sibi noxium: maximè quia amplius ad pœnã agere nõ poterit: neç erit securus ipse per hanc exceptionem, cum non possit adimpleri. Nam si non petit hodie, petet cras. *iuxta not. in l. siue apud acta. C. de transact. & in l. 1. C. eo. tit.* Nec etiam poterit petere, quod liberetur per acceptilationẽ: cum habeat pactum nudũ ex conuentione sua, vt supra in contrario proximo dictum est, & licet nõ de iure, tamen de facto inquietari poterit, & vexabitur litibus & expensis, quod non erit modicũ interesse *iuxta l. minor 25 annis. infra de mino. Sol.* respondeo & dico, quod non nocet ei sententia pro ipsa lata in exceptione pacti, nec iudicium: sed potius electio, quam fecit. debuit. n. à principio deliberare maturè, an ei conueniat potius pœnam exigere, quam exceptionem opponere, & econtra. & si exceptionem elegit, propter suum factum excluditur ab alio, sic & alibi *in l. fi. C. de condi. ob cau.* & licet sua interfuerit potius petere pœnam, non est de quo conqueratur nisi de seipso: ergo &c. vt in regula iuris, damnũ quod quis

Obiectio.

Damnum sua culpa passus nõ potest nisi de se ipso conqueri.

quis *de reg. iur. lib. 6.* Posset etiam subtiliter dici, quod sit plenè tutus obijciendo exceptionem pacti. nam per pactum fuit sublata naturalis: nunc per sententiam, qua absoluitur, tolletur ciuilis l.

Iulianus infra. de cond. indeb. Ideo videtur sibi plenè impletum illud, quod non peteret. quod not. Expeditis quibusdam argumentis textualibus, quæ tamen non fuere vulgaria, intro materiam magis propinquã. oppo. vna cum gl. 3. ibi, & hęc sunt vera &c. contra. §. & secundum notabile, dũ dicebam, quod altero debet esse contentus: cõtra dicit tex. vbi si creditor liberat debitorem acceptilatione, promittens pœnam si veniat contra, quod reus vtrunque consequitur, perpetuã securitatem, & nihilominus etiam pœnam. casus est in l. vbi pactum. C. de transact. †. So. illa. l. subtilis licèt diuerso respectu variè tamen propter multiplicem intellectum explicatur. nam habuit duas lecturas. vna quod illa remedia non concurrant, sed aut creditor cõpellitur parere promissis, aut accepta restituere cum pœna. & hanc ibi sequebatur Petrus. & hoc modo intellecta non obstat nisi in illo, quod res datæ repetuntur, & adhuc tenetur ad pœnam: quod videtur esse directò contra *l. cum proponas. eo. tit. &* contra rationem §. nostri. tolletur tamẽ obiectũ per solutionẽ, quã infra dicã. Alia lectura Azo. secundũ q̃ contra. magis obstat, vt act. simul illa tria remedia possit intẽtare s. securitatẽ habere ppetuã, repetere data, & pœnã cõseq. & hãc lecturã 10

solea

ſoleo ſequi, & vera eſt. hoc eſt quod ibi dicit tex. ſi aduerſarius maluerit. quaſi dicat, bene poſſet omnia remedia habere, ſi vellet. Sed ſimul actorem admittere. & data ſolùm cum pœna repetere poteſt. & tunc ſolue contraria ſecundùm gl. noſtram, & bene, quod ibi liberatio facta fuit per Aquil. ſtipulationem & acceptilationem: ideo admittitur vtriuſque cõcurſus. Hic verò per ſimplex pactum nudum promiſit non petere. Ideo altero remedio debet eſſe contentus. ratio, dicit Azo. in contrario eſt triplex: primò odio remittentis tam ſolenniter, & poſtea venientis contra *l. ſi quis maior.*
11 *eod. tit.* † Secundò, quia per acceptilationem actio eſt ipſo iure ſublata, *l. & vno. §. 1. inf. de accept. & inſti. qui. mo. ob. §. item per acceptilationem.* quod eſt ſecus in pacto. *l. ſi vnus. & §. pactus. inf. eod.* Tertiò, quia quando iudex interrogabit actorem, qua actione agat, non poterit illi dicere: vnde iudex reũ abſoluet magis ex officio ſuo quàm per exceptionem aliquam propoſitam à conuentione. Nam poſſet obtinere actor, qui experitur ſine actione, etiam reo minime petente, quia iudex etiam, nullo poſtulante, abſoluere debet. quæ rationes optimę ſunt, ſi intrinſecè & funditus intelligantur. Nam conſidera, cum vbi creditor fecit: tantùm pactum, nõ habet reus plenam ſecuritatem actionis, quod actio non tollitur ipſo iure: cum creditori remanſit ius ad debitum: imò agenti creditori oportebit exceptionem opponere: quæ exceptio

Digitized by Google

ptio iuris est. Vnde satis visum fuit legi, reo nō liberato totaliter, exceptionis exhibere remedium, vel actionis ad pœnam, vt hic. Sed per acceptilationem omnis tollitur obligatio. Vnde non fuit necesse legi exceptionem reo concedere, quia ipso iure tutus est, negādo debitum. nec est necessaria exceptio iuris, cum actio sit ipso iure sublata, *vt inf. de excep. l. 2.* Concedit igitur lex actionem ad pœnam, quodq; nec ibi dicitur concedi reo, nisi vnum remedium propriè. si petitio pœnæ, quia in alio tutus est ipso iure, negando. Et negatio debiti ex qua oritur sibi plena securitas, bene concurrit cum actione ad pœnam, *vt in illa l. vbi pactum.* quæ singularis est, & non alibi. Singulare.

Nec obstat, quod ibi videatur pœnam non committi, eò quia non poterat peti de iure: & sic nocebat actio in effectu: quoniam dico, quod committitur etiam contraueniendo. & quibus casibus de facto committatur, *ibi not. gl. & Bart.* Hic verò duo conceduntur remedia alternatiuè, inter quæ propriè cadit electio, *vt hic. & in l. quod hæredem. §. eligere. de tribu.* † Ex 12 quibus infero nouum dictum, quod vbi per simplex pactum omnis tollitur obligatio, vt in casibus notatis *in l. si tibi. §. quadam. & in d. l si vnus. §. pactus. inf. eod.* quod si creditor veniat contra, admittetur concursus exceptionis, & actionis ad pœnam eadem ratione: quod est notabile. Sed adhuc videtur illum intellectum in Singulare. illa lege non posse procedere, dum restituuntur

tur data, & pœna petitur arguendo ſic, pœna ſuccedit loco rei *l. pradia de actio. emp.* Sed ſi obſeruaſſet promiſſa, ab eo data non repeterentur: ſic & ſoluendo pœnam, cum videatur obſeruare promiſſa. Sed nõ obſtat, quia reſpondeo, quod quando liberatio ſeu tranſactio fit per acceptilationem, pœna non ſuccedit loco rei promiſſæ. Nam certi ſumus, quod actor non poterit à modo erigere reum inuitum. Videtur ergo ſuccedere loco cõtemptus, quo caſu data & pœna poſſunt repeti. *l. ſi quis rem in*
13 *fi. infra de arbi.* † Ex prædictis poſſet elici talis concluſio, vbi debitori fit pactum de non petendo ſub pœna, remedia ei competentia non intentat ſimul, ſed debet eligere: ſecus ſi acceptilatione liberetur. Sed contra hanc concluſionem & præcedentia ſubſequenter oppon. quod vbi ſimplici pacto fit liberatio, etiã peti poſſit pœna, & opponi exceptio de lege, *ſi quis maior. C. de tranſactio.* cuius contrarium dixi.
Singulare. Sol. illa notabilis lex, quæ ſingularis eſt, & non eſt alibi, addit vnum, quod tale pactum fuit corroboratum iuramento. Ideo cõcurſus admittitur actionis & exceptionis, vt ibi, aliàs ſecus: vt hic. Ratio eſt, † quia iuramentum non
14 eſt minoris efficaciæ, quàm clauſula (rato manente pacto) per quã vtriuſque concurſus admittitur. *lege, cum proponas. Cod. de tranſactio. Et lege, qui fidem. infra, de tranſact.* Ergo in iuramento debet concurſus admitti. & quod non ſit minoris efficaciæ, ſed maioris: patet, quia vbi

vbi apponitur iuramentũ, idem operatur, ac si esset dictũ, valeat omni meliori modo, quo potest, *vt not. Bartol. in l. si quis pro eod. infra, de fideius.* & *est* casus not. & singularis *in l. cum pater. §. filius matrem. infra de legat. II.* vbi si super testamento iuratum est, & non sit ibi testium solennis numerus, perinde est, ac si diceretur, si nõ valet iure testamenti, valeat iure codicillorum, vel omni iure quo valere potest. Et sic in li. si quis maior. propter iuramentum clausula rato manente, pacto videtur apposita, & etiam omnia alia, per quæ melius possit reusiuuari, & est notabile & menti tenendum. Ex quo infero vnum notabile dictum, quod licèt † trans- 15 actio non valeat post rem iudicatam. *l. post rem infra, de transactio.* & *l. eleganter. infr. de condi. indebi.* tamen cum valeat pactum seu remissio. *lege iurisgentiũ. §. si paciscar. infra. eod.* dico quod si transactio est iuramento roborata, valebit vt pactũ nudu, quo iure valere potest. quod est notatu dignum, ad quod facit quod notat. in *l. si causa cognita. Codice, de transact.* & *in lege cum proponas. eodem titul.* & quod habetur in illa vulgari licet singulari authen. sacramenta puberum.

Singulare.

¶ Sed licet † iuramentum hoc possit, vt su- 16 pra, non tamen sufficit solũ iuramentũ ad obligat. esse naturalem, & de iure ciuili, si nullus alter contractus præcesserat, vt in illa mirabili & singulari. *l. si quis pro eo. in princ. de fideiussor.*

secus

ſecus in confirmatorio, vt ſup. & in deciſſorio, ex quo bene naſcitur actio, *vt l. actori. C. de rebus credi.* Sed contra prædicta inſtatur vna cum gloſſ. 3. in ſui principio, quod etiam ſine iuramento concurrat exceptio & actio ad pœnã. *d. l. qui fidem. inf. de tranſaction. & d. l. cum proponas. C. de tranſact.* Sol. ibi fuit appoſita clauſula (rato manente pacto.) Ideo vtrique remedio locus eſt: quod ita voluerunt contrahentes, quod nihilominus peteretur pœna. quæ voluntas ſuper omnia ſeruanda eſt. *li. §. ſi conuenerit. ff. depoſi.* Sed vbi illa clauſula non apponitur, altero debet eſſe contentus. nam cum pœna ſuccedit loco rei, ideo petendo vtrumque bis, idem videtur conſequi contra. *l. bona fides. ff. depo. & hoc §. cum ſimilibus.* Eodem modo reſponderi poſſet ad *§. duo fratres. in l. qui Roma. inf. de verb. obli.* vbi tex. innuit vtrumque conſequi. licet & ille tex. poſſit aliter intelligi: videlicet quod ibi non ſit nouatio per pœnalem, quoniam debebatur ex cauſa onerosa, quæ non nouatur per ſequẽtem. tolluntur tamen quatenus concurrunt, vt infra dicam. & ita intelligebat Bart. illum §.
17 licèt glo. ibi pluribus modis ſoluat. Vnum † tamen attende, quod ibi quod ſemper dicitur, quod clauſula (rato manente pacto) operetur & valeat, vt ſoluta pœna, cõtractus maneat in ſuo robore, debet intelligi volente illo qui ſeruat, non inuito eo. Et hæc dicebam anno pręterito ſuper quodam arduo dubio inter ligam noſtram & diuerſam partem, quod ſi vnus veniat

Digitized by Google

niat contra pacta, & soluat pœnam, non potest ipse petere, vt contractus maneat in suo robore, & licèt sit apposita in eo clausula consueta, scilicet quòd soluta pœna, contractus maneat. in sua firmitate: sed hoc bene potest petere qui seruauit. & ita debet intelligi l. qui fidem. nam qui venit † contra cõtractum, non 18
debet posse se ex illo iuuare. *l. quaro. §. inter locatorem ff. locá. & tenet glo. ordi. in l. 2. C. de iure emphyt. & ff.* hoc tenuit Dyn. & post eum Bartol. *in l. cum pater. §. libertus. infr. de lega. 2.* quod bene not. Vlterius not. contra proximè præcedentia oppo. quod possit peti res & pœna. *de l. si pro fure. infr. de cond. furti.* Solu. dicit gloss. nostra tertia circa finem, & bene, quod ibi loquitur in pœna legali, quæ non est materia nostra, vbi pœna cum re petitur. Ratio est, quia non succedit loco rei, imo adijcitur rei, ne delictũ impunitum sit, *de quo in l. fin. infr. de eo quod cert. loco. & in l. 3. in fi nau. cau stabu. l. ancillæ. C. de furtis. & ibi per Bald.* Nos verò in conuentionali, in quo pœna loco rei vel interesse succedit. *l. prædia. de actio. empti.* & ideo non potest peti vtrunque. vbi pro huius passus declaratione distinguo. Quando conuento liberatore præcessit, aut omnis obligatio præcedens fuit sublata, puta per acceptilationem fuit sublata, vel per pactum in illis casibus, vbi obligatio simplici pacto tollitur, & tunc admittitur vtriusque concursus, licèt impropriè concursus sit. *l. vbi pactum, C. de transact.* Aut non fuit omnis

obligatio sublata, sed pactum simplex de non petendo, iuramento tamen vallatum, & idem *dict. l. si quis maior. Cod. de transact.* Si verò non est appositum iuramentum, tunc aut partes volunt vtrunque peti posse, subijciendo clausulam, rato manente pacto, & idem *l. qui fidem. ff. de transact. & l. cum proponas, C. eo. tit.* Aut non est illa clausula, & tunc secus, quia altero debet esse contentus, *hoc §. notabili cum similibus. & l. si pater, §. si mulier. de pact. dot.* Rationem cuiuslibet membri supra dixi. & nunc habes clarissimè hunc articulum expeditum.

¶ Nunc vt ad subtiliora progrediar, oppo. & est vltimum contrarium glo. nostræ, quòd reus non possit excipere etiam de non petendo, sed solùm petere pœnam: nam vbi super aliqua conuentione stipulatio pœnalis apponitur, per cōmissionem pœnæ nouatur obligatio primitiua, & solùm ad pœnā agi potest. casus est *in l. obligationum, §. fin. infr. de oblig. & act. & in l. ita stipulatus, infr. de verb. oblig.* ergo in casu nostro, cum in pacto de nō petendo creditor obligetur naturaliter non petere, *vt notat. in l. si vnus, in §. pactus. j. eo.* quæ naturalis nouari potest. *inf. de noua. l. 1.* igitur ipsum pactū nouatum est, vt amodo pacti exceptio opponi non possit, sed tantùm agatur ad pœnam. cuius cōtrarium hîc loquitur. Solu. huius timore cōtrarij duæ lecturæ ponuntur in glo. prima est, quòd hic §. habuit respectū ad iura noua, secundum quæ non fit nouatio, nisi id agatur expresè, C.

de noua.

Digitized by Google

de noua.l.fi.ibi not.& not.in l.2.j.de noua.& secundũ hoc §.fi.in d.l.obligationũ.in fi. corrigitur ista glo. prout infert pactum de non petendo obligare creditorẽ naturaliter nõ petere, placet mihi: licet quidam contra, vt j.dicam. Sed solutio sua displicet: primò, quia cõtinet diuinationem contra *l.si putator. ad l.Aquil.* Itẽ quia hoc tẽpore de illa lege noua cogitare non potuit, *iuxta l.iubemus, in fi. C.de test.* Vnde gl. soluit aliter, quod loquatur secundum iura antiqua, secundum quæ fiebat ipso iure nouatio. Sed hic fuerat actum, quod non fieret. Ista solutio laborat eod. morbo, quo prima, nec sequar eas. innuitur enim, l.obligationum in fi. corrigi per iura noua, hoc est per l.fina. C. de nouatio. quod falsum puto. quoniã illa lex loquitur in stipulatione pœnali & coæquali: vbi fiebat olim nouatio, hodie non: quasi ibi non subrogetur in locũ alterius. sed vtraq; duret, nisi id agatur expressè. Materia verò nostra loquitur, vbi vna est principalis, alia pœnalis, quæ pœnalis cùm committitur, nouat primã, quasi in eius locũ succedere debeat. Et in hoc antiqua iura remanent incorrecta. vnde l.fin. non debet extendi ad hanc materiã, *arg.l.præcipimus, in fi. cum similib. de appell.* Ad contrarium aũt reperio Franc. Acc. solenniter respõdisse: videlicet quod hic præcessit pactio liberatoria, vt pactũ de non petendo, quod non nouatur per pœnalem: imo debitor habet electionem, vt hîc. In cõtrariis verò pactio obligatoria per

ria per pœnalem nouatur, vt ibi, & ratio, dicit ipse: quia promptiores sumus ad liberandum, *l. Arrianus. cum simílib. ff. de solut. & lib.*

¶ Hæc solutio Domini, est ipsa veritas, & eã sequitur Guli. hîc, & Dyn. *in l. in Prouinciali.* ̃j. *de no. ope. nun.* Pet. & Cyn. *in l. si pacto quo pœnam.* do. Ias. & Ray. hic, & Bar. *in l. si ita stipulatus,* ̃j. *de ver. obli.* & stipulatio pœnalis, quæ fit ad cõfirmandum pactũ, non deberet illud infirmare: quia illud verũ est, nisi aliud appareat ex verbis vel mẽte contrahentiũ, vt apparet in pœnali, quę apponitur cõditionaliter, vt si non pareat pacto vel cõtractui, pœnã soluat. vnde sufficit alterum exigi. *arg. l. si hæredi plures,* ̃j. *de condi. instit.*

19 † Vnde ex prædictis elicio vnã cõclusionem, videlicet quod stipulatio pœnalis non nouat exceptionẽ pacti liberatorij cõpetentem stipulãti: ex qua infertur, ꝙ ius excipiẽdi pœnali stipulatione non nouetur. Ista cõclusio probatur, vt s̃. *in hoc §. & in l. si pater. si mulier. de pact. dot. & in l. cum proponas. C. de transact.* quam doct. Moderni tali ratione cõfirmant: illud tantùm quod est in obligatione potest nouari.

20 † Sed pactũ de nõ petendo habet tres effectus. Primò tollit naturalem, elidit ciuilem, & obligat quem naturaliter nõ petere, modò illa licèt naturalis qua obligatur creditor, nouari posset, tamen remanẽt alij effectus pacti, qui non sunt in obligatione, nã nõ fundantur ex illa naturali, sed ex æquitate, *l. qui æquitate. de excep. do.* vnde nouari nõ possunt. & tamen illa suffi-

Digitized by Google

sufficiunt per se ad inducendā exceptionem. *l. tale pactum. in prin.* ꝭ *.eo.* quam cōfirmando declara, quia in pacto de non petendo versatur exceptio, quę nō fundatur super obligatione, sed super æquitate. *l.1.* ꝭ *.de vacat. mu.* & sic non pōt deduci in nouationē: cùm nouatio sit vniꝰ obligationis in aliā transfusio. ꝭ *.de noua. l.1.* Tu adde etiā aliā rationem: quia pactū de non petendo habet executionē paratā: imo est quasi sortitū executionē, s. conuentionem; sed conuentio, quę habet executionē paratā, nunquā pręsumitur nouari. *l.4.§. si ex conuentione.* ꝭ *.de re iud.* Item qa pactū de nō petendo re non integra, ideo non ita faciliter fit transfusio. *ar. l. ab emptione.* ꝭ *.eo. & l.2. C. quan. lic. ab emptio. disce. cū si.* Sed cōtra istud fortiter videtur obstare illud, quod videtur notare glo. singul. in l.1. in prin. de prætoriis stipulat. vbi firmat, quod nouetur exceptio in glo. magna. in fine. Sed posset primò responderi, ꝙ illa gloss. non est vera, & contra istum §. sed debemus ibi ponere casum secundū alia exempla gloss. secundum quæ ibi nouatur actio. vel interdū melius & subtilius dic, quod cōclusio mea loquitur in exceptione pacti liberatorij, cōpetente facto aduersarij, idq; odio cōtrauenientis, qui ꝓmiserat nō petere. Vnde fauore liberationis cōtra fidem, quam fallere graue est. ꝭ *.de const. pecu. l.1.* voluit lex mihi exceptionē cōseruari, vt nō nouetur, vt hic. Ibi verò illa exceptio non competebat mihi ex aliquo pacto, neq; ex mea ꝓuisione,

Nouatio quid.

Obiectio.

Singulare.

Fidem fallere graue.

ſed per l.conceſſa, in hac forma, vt ſi dicã, cuius domus dederat mihi damnũ per ruinã, volebat rudera tollere: poterã excipere ꝙ nõ tollerẽtur, niſi caueret de damno præſenti & futuro, &c. Modo ſi poſtea ſtipulor ab eo de damno infecto, nouatur illa exceptio, quã habebam, vt s̃. quaſi amplius ea nõ egeã. Ad rationem ſolutionis facit, quia fortius eſt ius cõpetens mihi meo iure, quã ex leg. *iuxta l.1.cũ gl.* C. *ſi aduerſ. ven.* nec tamen dico etiã propriè exceptionem nouari: quia eſt ꝓpriè nouatio vnius obligationis in aliã trãsfuſio: & in exceptione põt eſſe, quod nõ ſit obligatio, ſed tantũ quædam æquitas hoc inducẽs: vt directò in exẽplo illius gl. quia dico per ſtipulationẽ tollitur illa æquitas, qua inducebatur exceptio. Et idẽ potes dicere in ſimili de marito, qui habet exceptionem, ne cõueniatur inſolidũ, & ſolu. matrimonio nouet, ꝙ tollatur exceptio. Idem in muliere, quæ iurauit ſecundò, & perdit beneficiũ Velleiani. Idẽ in hærede, qui promittendo perdit Falcidiã. *l. fi. C. ad l. Falc.* quia intellige ſemper ꝙ nouatur illa æquitas, quæ faciebat exceptionẽ induci: ſicut in officio iudicis, & in rei vendicatione dicitur, vbi non præcedit obligatio, & ſic nouatio: quia nouatur, id eſt, noua actio inducitur, per quã tollitur illa æquitas. Vnde officium, vel rei vindicatio dabatur. facit quod not. Bart. *in d. l. 1.* ꝗ. *de præto. ſtipul.* Vel tertiò potes ſoluere, quod ibi tollitur per principalem ſequentem: quæ vox eſt materia

teria nostra: quia hîc loquitur in sequēti pœnali, vt infrà dicam.

Sed† cōtra solutionē huius contrarij principalis opponitur, dum dixit, quòd cōuentio obligatoria pœnali stipulatione nouetur, vt tantùm ad pœnā agi possit: imo videtur, ꝙ ad vtrunq; possit agi, vt vno exacto agatur ex reliquo ex eo quod plus est. *l. prædia.* ┐ *.de actio. empti. l. duo societatem: & l. si quis à socio. ff. pro so.* huius contrarij valde difficilis metu gloss. & doctor. multùm variant. nouem enim opiniones reperio in isto passu assignari, eas recitādo breuissimè addam decimam. Prima opinio fuit, quòd aliquando concurrit pœnalis, cùm prima fiat nouatio in eo quod excedit. & hanc ponit gloss. *in d. l. si quis à socio. infra, pro soc. ibi vel tertio dicas secundum Ang.* Hanc non teneo *per l. prædia. de actio. empti. cum similibus.* Vbi legitur, quod prima actione ad totum potest agi. Ideo non erat facta nouatio: quia tunc non ageretur ex prima. *l. prima. cum simil.* ┐ *.de nouatio.* Alia est opinio *in eadem gloss. in verbo, vel dic.* quod aut pœnalis continet plus quàm prima, & fit ipso iure nouatio, aut minus, & tunc ex vtraque poterit agi: licèt ex actione vnius tollatur alia in eo, in quo concurrunt. Hanc tenuit Iaco. de Rauen. vt refert Cynus *in l. si pacto quo pœnam, Cod. eodem.* & appropriat eam sibi *per l. qui vsumfructum, inf. de verborum obligatio. & l. si stipulatus, §. si pactum, infra, de nouatio.* Ista communiter reprobatur, & præcipuè per Petr.

in dicta l. si pacto quo pœnam. per l. duo societatem. ff. pro soc. Vbi non curatur, an secunda contineat plus, an minus: sed tantùm an in secunda repetatur id, quod conuenerat in prima. Præterea l. obligationum. in fine loquitur indistinctè, quod petitur sola pœna non distincta, an in ea deuenerit plus vel minus, & patet etiam *in l. 1. §. item si. ff. ad legem Falcidiam*, ȷ̄. *de pe. leg & in l. penum. infra, quando dies lega. ced.* Tertia est opinio gloss. *in dicta l. duo societatem. in princip. in gloss. fina.* quod antequam committatur pœnalis, potest agi ex prima, & non fit nouatio: ea commissa secus, quia prima nouata est. Ista est contra casum *l. si quis à socio. & l. sequentis. ff. pro socio.* vbi pœnalis erat commissa, tamen adhuc agitur ex prima. An autem ante pœnalem commissam? gloss. & doctores variant, plenè examinatur *in l. ita stipulatus. in fine commenti. inf. de verborum oblig.* Quarta est opinio in gloss. §. *nostri,* quod aut agitur expresè, & tunc fiet, aliàs non. Ista non habet dubiam, vnde non sequor. Quinta opinio *ponitur in glo. magna circa finem. l. prædia. de action. empti.* inf. videlicet quod aut præcessit obligatio, quæ contrahatur consensu, vt emptio, societas, &c. & non fit nouatio: *vt dicta l. prædia.* Aut quæ contrahitur verbis, & illa nouatur *dict. l. obligationum ferè. in fine.* quam opinionem Francisc. Accur. in nostro §. sequebatur, sed per alia verba; dicens, si præcedit cõuentio bonæ fidei, non nouatur per pœnalem: si stricti iuris, tunc sic.
Hanc

Hanc sequebatur primò Dy.*in l.in prouincial.* ȷ. *de noui operis nunc.* in vna sua distinctione. & idẽ Pet.vt refert Cyn.*in l.si pacto quo pœnam.*

¶Hanc reprobat Bart. *in l.ita stipulatus. infra de verborum oblig.* præcipuè ea ratione, quia actio ex testamento sapit naturam bonæ fidei. *l.in minorem.C.in quibus cau.in integrum restitu.non est necessar.* Sed actio ex testamento nouatur per sequentem ipso iure. *l.1.§.item si ad leg.Falcid.cum similib.* Aut actio est iuris ciuilis,& nouabitur. *l.obligationum fere,& d.l.1.§.item si.* quæ loquitur in dispositione descendente ex testamento,quæ est de iure ciuili.*infr.de testa.l.3.* & hanc sequebatur Iacob. But. & Ray.*in hoc §.* Sed Bart. damnat ipsam. primò, quia contra casum l. prædia. secundum vnam lecturam: vbi conuentio secunda fuit stipulatione Vallata,& tamen non nouatur per pœnalem ipso iure. Item alia ratione: quia contractus Emphyteuticus est iuris ciuilis.*l.legitima.* ȷ.*eodem.* *& ibi notatur.*& tamen non tollitur,nec nouatur per pœnalem: *iuxta notata in glo. magna. in l. 2.C.de iure Emphy.* Item tertia ratione,quia potestas iuris est par in tollendo obligationem iurisgentium,& obligationẽ iuris ciuilis. Nec est cur aliquid præsumamus magis in tollenda vna,quam in alia.*l.cum Aquiliana.inf.de transact.*& *inf.de nouat.l.1.* licet modo tollendi possit fieri diffinitiua: quia facilius tollitur,quam alia.*l.an inutilis.in princip.inf.de acceptilat.cum similibus.* Septima opinio fuit Dy. mutantis pro-

 positum

positum in *l. ita stipulatus. de verborum obli.* quod non fiat nouatio, nisi creditor eligat. Ita demum ergo fit nouatio, si creditor ex secunda agere instituit: aliàs non, nisi expressè sit dictum animo nouandi, & ita intelligit l. obligationum. in fine. quod fiat transfusio, scilicet si actor hoc eligat. Idem dicebat Iacob. de Aret. quando præcedebat obligatio stricti iuris, quando verò bonæ fidei, nunquam fiebat nouatio secundum eum. Hæc non videtur approbanda: quoniam etiam si quis eligat agere ad pœnam, non fit nouatio, sed potest agi primò in eo quod plus est. Item videtur contra casum *l. 1. §. item si. ff. ad legem Falcid.* vbi pœna commissa legatum nullo modo peti potest. Et sic patet, quod non est in electione actoris: vt voluit Dyn. Octaua opinio est Bart. *in dicta leg. ita stipulatus. infra, de verborum obligationibus.* quod aut conuentio præcedens est ex causa onerosa, & pœnali stipulatione non nouatur, siue sit bonę fidei, siue stricti iuris. *l. prædia. cum similibus.* Aut ex causa lucratiua, & tunc stipulatione pœnali nouatur. *dicta leg. obligationum fere. cum similib.* ratio est secundum ipsum, quia quando conuentio est ex causa onerosa, nõ est verisimile per pœnam quem videri nouare, sed apponere pœnam, vt debitum citius consequatur, *argumento legis quartæ, in Paragra. sed si pignora. infra, de re iudicat.* sed quando ex causa lucratiua, videtur pœna apposita fauore soluentis, vt si non det principale, det pœnã.

Facit

Digitized by

Facit, quia non est par eademque ratio damna sentire, & lucra non capere. *lege finali. C. de codicil.* facit ad hoc d. l. ita stipulatus. in fi. sed an ista opinio indistinctè procedat, ĩ. dicã.

Nonò reperio Angelum in alia opinione dicentem, quod in omnibus casibus, in quibus vtrumque potest peti, res & pœna, vt in pacto liberatorio validato iuramento, vel vbi apponitur pœna loco contemptus, & in similibus non fit nouatio, quia cùm vtraque duret, sequitur quod prima non est sublata: vbi verò altera tantum potest peti, adhuc concludit, nouationem fieri per pœnam, siue præcedat causa onerosa, siue lucratiua: patet, dicit ipse, quia licet sit commissa, adhuc potest agi ad obseruantiam promissorum, tam in bonæ fidei, *dict. leg. prædia.* quàm stricti iuris. *l. qui Romæ. §. flauius. infra, de verborum obligationibus.* Sed per nouationem prima debuisset ipso iure tolli. *Instit. quib. mod. toll. obli. l. præterea.* nec inuenitur, dicit ipse, cautum lege, quod pœnalis nouet primitiuã. sed licet non nouet, tamen semper quasi nouat, *d. l. obligationum fere. in fin.* quia transfunditur in pœnalem. Ista opinio non placet mihi. primò, quia nos magis relinquit in ambiguo. Quis enim dubitat, quod vbi reperitur quem habere vtrunque remedium, quod nõ est nouatio. sed operæpretium est videre, qñ & quib. casibus habeat vtrumq;, & qñ pœnalem tantũ. Item quia ipse innuit, semper agi posse ad ob-

obseruantiam prçmissorum: quod est falsum, & contra. *l. obligationum. in fine.* vbi dicitur expressè, quod sequens transfundat in se priorem, & illam tollat. quod nihil aliud est dicere, nisi quod oportet à modo creditorem agere tantum ex sequenti pœna. Ad quod facit quod notatur *in l. 1. §. item si. ff. ad leg. Falcid.* licet fatear, quod ibi non sit vera & propria nouatio, propter purgationem moræ, vt inf. dicam. ¶ At tandē quid dicendum? negari nō potest, quin passus sit subtilis & dubius multùm, vbi tot excelsi viri loquuntur tam variè. Cy. *in l. si pacto quo pœnam.* non fuit ausus firmare propositum, dicens se potius tacere, quàm malè loqui. Ego, domini, licet meum non sit, in messem tantorum virorum falcem apponere, attamen ne moderna tempora frustra sint, sum in decima opinione, videlicet quod in contractibus bonæ fidei gloss. & Franc. Accur. bene dicant, ne meruerint reprobari per Bart. In contractibus verò stricti iuris sequar Barto. cum quadam modificatione. & hæc opinio videbitur vobis æquior, & magis congrua, & validior legibus & rationibus, vt infr.

Tacere præstat quàm malè loqui.

22 dicam. † Ex qua primò duas conclusiones elicio. prima, quod conuentio bonæ fidei pœnali stipulatione nō nouatur. Secunda, quod conuentio stricti iuris ex causa onerosa pœnali stipulatione non nouatur: secus si ex causa lucratiua sit. Prima conclusio probatur in *l. prædia. in §. si quis à socio. & in dicta l. duo societatem.*

Digitized by Google

tem. Secunda partim in illis legibus, partim in *l. obligationum. in fin. & in dicta l. ita stipulatus. in §. Labeo. & in §. duo fratres.* vt infra dicam. Ex quib. assero Bart. malè loqui, dum reprobat gloss. & sequaces. & primò fundabo prædicta duabus rationibus: secundò breuiter ad obiecta respondebo. Prima ratio pro conclusione est, quod si conuentio bonæ fidei deberet nouari, magis per contractum bonæ fidei, quàm per stipulationem nouaretur: cum in descendentibus eodem iure, & in habentibus similitudinem facilis est transitus. *l. in rem. infr. de rei vendica.* tamen conuentio bonæ fidei non nouatur per contractum bonę fidei, nisi hoc expressè agatur. Nam si ageretur expressè, nouaretur. *l. si mandato meo. inf. de manda.* quæ non est alibi. ergo nec per stipulationem pœnalē. *argumen. §. item per acceptilationem. Institut. quibus modis tolli. obli.*

Tertia ratio est: quia in contractibus bonæ fidei est exuberantior æquitas & bona fides, q̃ in aliis. *l. in actionibus. cum ibi notatis. inf. de in litem iuran. & Institu. de actio. in §. in bonæ fidei.* Igitur voluit lex, q in odium non seruantis prima conuentio non nouetur. *l. duo societatem. ff. pro socio.* sed habet actor electionem. *l. prædia. cum similibus.* simile est alibi, plus fauetur actori in actione bonæ fidei, in quibus fructus veniunt ex mora, quàm in actione stricti iuris, vbi tātum lite contestata. *l. videamus. §. si actionem. cum materia. inf. de vsur.* Sic & in simili, contractus bonæ

næ fidei eſt iuriſgentium, & ideo tollitur difficilius. *l. & vno. §. 1. infra, de acceptil.* Item pro ſecunda concluſione facit ratio, quam ſupra poſui ſecundum Bartolum in ſua octaua opinione: quia non eſt veriſimile in cauſa onerosa ita tollere primam, ſicuti cum cauſa lucratiua præceſſit. Item quia non eſt par eademque ratio, &c. Fauet igitur lex promittenti ex cauſa lucratiua, vt nõ poſſit conueniri niſi ad pœnam: cum hoc ſuæ intentionis eſſe præſumitur, vt ſupra dixi. Sic enim exercenti liberalitatem iura ſe fauorabiliora exhibent. *in leg. int   ros. in fine. inf. de re iudic. &*
Obiectio. *in l. ſi quis argentum. Cod. de donatio.* Nec obſtat principalis ratio Bart. qua fundabatur in contrarium, videlicet quia vltimæ voluntates habent inſtar bonæ fidei. *l. in minorum. Cod. in quib. cau. in integrum reſtitut. non eſt neceſſar.* & tamen ille nouatur pœnali. *l. 1. §. item ſi. ad legem Falcid.* quia reſpõdeo, quod eſt magna differentia inter obligationes ex cõtractu, vt hic, & ea quæ veniunt ex vltima voluntate, vt ibi. Illa enim habent fundamentum ex perſona vnius tantum, ſcilicet teſtatoris: qui in ſuo teſtamento poteſt diſponere prout ei libet: vt hæres debeat pretium, & ſi non dabit decem, tantum det: & ſic fiet nouatio: quaſi dederit electionẽ hæredi decem dare, vel pretium ante moram tantum teneretur ad pœnam: vt ibi. Vnde idẽ videtur dicendũ ibi, ac ſi præcederet conuentio lucratiua. Nam legatum donatio eſt. *l. legatum.*

tum.de leg.2. Nos verò loquimur in contractib. onerosis, q habent fundamentũ ex pſona duorum: & firmiores sunt, q̃ q habent ex persona vnius, *iuxta not. in l.1. C. de pact.* ideo nõ ita de facili nouantur. Præterea vltimę voluntates inspecta sua natura sunt stricti iuris, *vt nota. in d. l. in minorũ.* igitur possunt nouari facil', vt j. dicã. Et ad ṗdicta iura p Bar. allegata respondeo. Nam in tali legato si moritur legatarius ante morã hæredis, legatũ conditionale nõ transmittitur ad hæredẽ. *d. l. si penum.* quod secus esset si moritur qui contraxerat cõditionaliter, *vt Inst. de verb. obl. §. ex conditionali. facit quod notatur in l. si vxorem. C. de cõdit. inser. & quod habetur in l. si filius. in pr. de verb. obl.* facilius fiet ergo nouatio ibi, q̃ hic. Nec obstat aliud, quod dicit Bar. quod in tollendo obligationem non est differentia inter contractum bonæ fidei, & stricti iuris. *l. cum Aquiliana. inf. de transaction.* licet in modo sit differentia. *d. leg. & an inutilis.* quia fateor illud, quãdo stipulatio est coæqualis. Nã tunc nouatur per sequentem, etiam si præcedens bonæ fidei sit: vt j. dicam. Ratio, quia ibi non agitur de perfidia aliqua, sed in nouatione fienda per pœnalem, necesse est, vt primã nõ seruauerit, vnde agitur de fractione fidei. Igit̃ in actione bonæ fidei seu contractib. vbi bona fides debet esse exuberantior, in odium non seruantis fidẽ, non fit nouatio primæ per pœnalem, sed agenti dabitur electio. *l. prædia. cum similib.* quæ ratio cessat in aliis. ergo, &c. j. *eod. l. quod dictum.*

Nec

Nec obstat similiter tex. *in l. si quis à socio. inf. pro soc.* vbi videtur velle, quod tollatur, & fiat nouatio in eo, quod concurrit. Nam intelligo, tollitur *vi exactionis*, nõ vi nouationis. Ideo expone textum, stipulatus est, subaudi, *& exigit*, vt ibi exponitur secundum Doctores. Et sic rationes in contrarium non obstant: quoniam conclusio firma maneat, quod conuentio bonę fidei pœnali stipulatione non nouetur. sed dices immediatè obstare præcedentibus nostrũ §. nam dixi quod in dicta l. prædia. cum similibus. vna per aliam tollitur, non vi nouationis, sed quatenus concurrunt. Sed tamen ad residuum agitur. & in §. nostro dicitur, quod semper vna electa altera tollitur. Vnde si vtitur exceptione, tenetur promissorem liberare à pœna, nec curatur, an plus fuerit in pœna vel non. Sed fateor & respondeo, quod in §. nostro hoc contingit duabus rationibus. Prima, quia nõ erat promissor ita astrictus ad vtrunque, sicut in l. prædia. Nam ad exceptionem conseruandam, seu pactum nõ nisi naturaliter tenebatur: *vt hic glossa*, sed in l. prædia. cum similibus tenebatur efficaciter ad vtrumque. secunda ratio, quia hic præcedebat causa lucratiua: quia liberauerat me p pactum de non petendo. satis est quod non apparet oppositum. *l. in omnibus. infr. de donatio.* Ideo debuisset fieri nouatio, tamen fauore liberationis voluit §. iste electionem conseruate liberato, nõ tamen quod posset vna electa

e

ex alia quicquam consequi. Nam satis lex illi concesserat. sed in l.prædia. cum similibus. agebat quis ex causa onerosa: ideo nec fit nouatio, nec tollitur, nisi quatenus concurrit. *argumento l.fi.§.licentia.C.de iure deliberan.* Sed in conclusione, quam subieci, sequens in hoc Bart. quod in contractibus stricti iuris fiat differentia inter causam onerosam & lucratiuã, Bal. instat asserens diuisionem esse, intelligere l.obligationum.in fi.& l.ita stipulatus.in causa lucratiua contra iura. Item asserit dominus Bald. in contrarium esse casum *in l. duo societatem. infr. pro socio.* vbi conuentio societatis fuit redacta in stipulationem coæqualem, & nouata per ipsam: & tamen illa stipulatio nouans, quæ venit ex causa onerosa, nouatur per pœnalem, vt ibi. His tamen non obstantibus teneo quod dixi: primò per casum *l. prædia.* secundum vnam lecturam. *infr. de actio. empt.* vbi illa conuentio bonæ fidei redacta fuit in coæqualem: & tamen non nouatur per pœnalem, nisi vi exactionis. Et ratio, quia erat ex causa onerosa, scilicet emptionis. Secúdò per glossam ordinariam *in leg. 2. C. de iure Emphyteu.* vbi promiserat soluere canonem, & sic non pœnam: & tamen nõ fit nouatio. Ratio, quia pręcedebat contractus ex causa onerosa. Nec obstat quod videatur cõtinere nouationem: quia duo non continet. quoniam cum in stipulatione non apparet causa, in dubio intelligitur causa donationis & lucratiua. *l. 2. §. circa*

quod ibi notatur inf. de except. do. l. campanus. de operis liber. quod dixi in l. iurisgentium. §. sed cum nulla. supra eodem. quod si esset aliqua nouatio, (quæ nulla) iustum foret, vt leges legibus concor-
23 dentur. *Cod. de inofficio. do. leg. 1.* † Nec obstat prædicta *lex, duo societatem. pro socio.* nam sciendum est, quod illud principium habet duas partes. secunda cor[illegible]rdat, quod actio pro socio non nouetur p[illegible] pœnalem. vnde ibi videtur casus de hoc. Sed prima videtur obstare. ideo aduerte, prima pars illius debet intelligi de stipulatione coæquæua: vt quia mihi debebas centum actione pro socio, & tantum per stipulationem coæqualem promittebas: quo casu potest dici, quod secundum hæc tempora fiebat nouatio, etsi hodie secus.

Vnde nihil habet commune cum materia nostra: & potuit ibi fieri nouatio, licet secunda contineat idem quod prima: quoniam prima erat bonæ fidei, secunda stricti iuris. *iuxta notata per glossam & Barto. in l. qui bis idem. infr. de verborum obliga.* & hoc sentit ibi glo. vel posset dici, quod ibi fuit actum expresse, quod ibi fieret nouatio. & tunc non obstat in aliquo. & hoc ibi tenuit Barto. sed si inferatur, quod ibi illa stipulatio nouans nouetur per pœnalem: tunc bene veniret directò contra, prout eam intellexit Bald. & Ray. Sed respondeo, quod ibi hoc non dicitur, imo directò contrarium: sed tantum ibi dicitur, quod nouatur per stipula-

pulationem coæquæuam. Vnde intellectus illius legis est iste, quod duo coierint societatem, vt docerent Grammaticam: conuenientes nudo pacto, vt lucra essent communia. Postea huic pacto fuit stipulatio subiecta, qua socius promisit socio communicare quæstus prædictos, de quibus supra conuenerat. dicit illa lex quod non agetur pro socio, quia nouata per æqualem ipso iure secundum hæc tempora: sed agetur ex stipulatione nouante. Sed si post illam stipulationem nouantem adiicitur stipulatio pœnalis, illa pœnalis non nouat præcedentem. Nec hoc ibi dicitur: Imo potius ibi innuitur oppositum, si consideras subtiliter illam legem. Sed tu instabis fortissimè immediatè, si intellectus illius legis est, quod actio pro socio nouetur per sequentem coæqualem, istud est contra *l. si stipulatus. ff. de vsur.* vbi stipulatio subiecta regulariter secundũ naturam præcedentis contractus: quod non esset, si in illa lege p eam fieret nouatio p̃cedentis cõtractus. Item cum oẽs contractus per notarium in stipulationẽ deducantur, nulla erit conuentio bonæ fidei, si omnis nouabitur per stipulationem subiectam: quid dicendum? contrarium est difficile: & Bartolus variauit in intellectu *legis, duo societatem.* nam ibi summando & notando dicit, quod præcedens nouatur per coæquæuam, si actum est, vt ibi erat, & non aliter. sed idem Barto. in leg.

ita ſtipulatus. dicit, quod nouat' in dubio per
24 coæququam. Reperio † etiam Iacob. de Aretio loqui eleganter in iſto paſſu *in l. ſingularia. inf ſi certum peta.* & ſic: quando præcedit contractus, & ſequitur ſtipulatio idem cõtinens, aut ſequitur ex interuallo, & iure veteri præſumebatur nouatio, hodie non. *C. de nouatio. l. fina.* ſi verò ſtipulatio ſequitur in continenti, tunc aut contractus, vt in emptione & locatione, &c. tunc nunquam nouatur contract' per ſtipulationem, niſi hoc agatur expreſsè: quia iura antiqua loquũtur, quando ex interuallo. *argumento l. non ad ea. de conditionibus & demonſtrat.* Aut præcedit aliquid, quod poteſt eſſe contractus per ſe, & nõ contractus ſecundum intentionem agentis, vt numeratio, vel contractus, qui re contrahuntur, & poſſit venire traditio ad implendam ſtipulationem & cõtractum, in quo inſit traditio magis, quàm videatur per ſe nouum contractum inducere: & agetur tantum ex ſtipulatione. *l. cum enim. §. 1. de nouatio.* cum lege ſequẽti. *& l. certi condictio. §. quoniam.* ſi certum petatur. Ex quibus omnibus clarum intellectum habes ad dictam leg. duo ſocietatem. videlicet quod aut ſtipulatio ſequebatur ex interuallo, & fiebat nouatio in dubio, hodie non. & gloſſ. ibi bene loquitur. Aut in continenti, & tunc non: ne videantur partes in eodem inſtanti recedere à primo. & tunc bene loquitur Barto. qui ibi dicit, quod in dubio non præſumebatur nouatio.

Nouatio nõ præſumitur.

Habes

Digitized by Google

Habes etiam ex prædictis, quod hodie in quolibet contractu emptionis & vēditionis, &c. cum in continenti subiicitur stipulatio, habemus vnam actionem ex contractu bonæ fidei, aliā ex stipulatione. quod erit vtile: quoniam vna est bonæ fidei, alia stricti iuris, vt refert Iacobus de Aret. *in dicta leg. singularia.* quæ sunt notanda, & menti tenenda. Quibus discussis, apparet clarissimè illam conclusionem procedere, qua dicitur, quod conuentio stricti iuris non nouatur stipulatione pœnali, si causa onerosa præcessit: secus si causa lucratiua. Nec obstat l. duo societatem. vbi prima videtur lucratiua: nam fit mētio de quæstu, qui denotat lucrum. *leg. quæstus. eodem titu. pro socio.* Quia dic quod imo erat causa onerosa. nam cōtractus societatis est onerosus. habet enim lucrum & damnum. Et si diceres, ibi habet tantum lucrum, quia nihil ponebat de suo: respondeo, ponebat operas, quod satis est, *argumento Institu. de socie. §. 1.* † hoc tamen vltimū, 25
quod causa lucratiua nouetur, limito & intelligo, quando pœnalis stipulatio fuit apposita, & in continenti, vt promittis fundum: & immediatè dicis, si non dederis fundum, dabis decem. Nam tunc post moram tantum teneris ad decem. Sed si ex interuallo postea promitteres decem, puto firmiter, quod licet lucratiua sit præcedens, per pœnalem nouari non debet, per ea, quæ dixi supra, quando causa onerosa præcedit: & maximè

ximè hic. quia vbi poſt contractum per aliquem actum dicimus contingere liberationem, mentem potius inſpicimus creditoris, quàm alterius. *infra de acceptilatio. leg. pluribus.* quæ mens creditoris videtur, vt potius metu pœnæ Titius ſoluat debitum, quàm fiat nouatio. non eſt veriſimile, quod poſtquam tu es mihi firmiter obligatus, apponendo pœnam, quod velim te à prima obligatione diſſoluere, ſed potius ſtrictius alligare per pœnam, ſi non ſoluas debitum. quæ ratio ceſſet, vbi tu mihi lucratiuè promittis fundum, & immediatè ſi non dederis, pœnam ſubiungis: quia cum non eſſet antea debitum, tunc debitoris inſpicimus mentem, vt habeat electionem ſoluendi fundum, & ſi non ſoluat, tantum ad pœnam habeat obligatum. facit ad prædicta, quia vbi præcedit promiſſio ſeu obligatio ex cauſa lucratiua, & poſtea de illa fiat aliquis actus ex interuallo, perinde iudicatur, ac ſi fuiſſet cauſa oneroſa: *iuxta notata in leg. Ariſto. infra, de donationibus. in fine.* Nec obſtat, quod ſupra dixi proximè ſecundum Iacobum de Aret. vbi in continenti non fit nouatio, quia ibi in ſtipulationibus coæquæuis, & quando præcedens erat oneroſa: hic prima lucratiua ſequens pœnalis; vbi ſuccedit alia ratio, vt modò dixi.
26 † Ex quo poſſet fundari talis concluſio: Conuentio ſtricti iuris, ex cauſa lucratiua non nouatur ſtipulatione pœnali ex interuallo appoſita. Sed

Sed contra præcedentia opponitur fortissimè: Si conuentio stricti iuris ex causa lucratiua nouat ur per pœnalem sequentem, igitur prima in totum tollitur. *lege prima, infra de nouationibus.* ergo debitor offerendo pretium non poterit liberari: quia non debet soluere, quod nõ est in obligatione creditore inuito. *l.2.§.1.ff. si cert. pet.* Sed hoc est falsum: quia imo purgari potest vsq; ad litis contestationẽ super pœnali. *l.1. infr. de penu legat. & l. si insulam. cum materia. infra, de verborum obligatio.* Solutio, dic quod quædam est nouatio † vera & propria, quæ fit ex partium conuentione expressa in aliam principalem coæquæuam, & ista totaliter tollit primam. *inf. de nouatio. per totum. & Insti. quib. mod. tol obli. §. cum Aquiliana.* 17

Quædam est nouatio ficta & impropria, vt illa, quæ per pœnalem fit, vbi qui est in mora, immediatè tenetur ad pœnam, & ista est quasi nouatio quo ad transfusionem: quia à modo sola pœna peti potest: non funditus tollit primam: quia potest purgari mora: & purgando soluitur illud, quod in prima obligatione deductum est. Nil .n. repugnat, quo min⁹ vnum sit in petitione, & aliud in solutione. *l. si quis stipulatus fuerit decem in mille. infr. de solutionib.* quæ in sui decisione non est alibi. Hoc sentit textus *in d. l. obligationum. in fin.* dum dicit, *quasi nouatio.* vnde non est propriè, sed quo ad hoc, vt purgari possit, & pretiũ solui. Nã illud (*quasi*) est nota improprietatis, & notat vitium. *leg.* Quasi improprietatis signum.

diuerſo.§.ſi fundum.infra,ſoluto matrimonio. Et iſta poteſt eſſe vna de perſuaſionibus noui iuris, quare non fiat nouatio in æquè principalibus hodie, ſed in iſtis ſic: quia ibi tractatur de tollenda prima in totum, quod non ita faciliter fieri poteſt: hic ſecus, quia purgari poteſt mora. Item & hîc ante moram debitor electionem habet, ideo non tam abſurdum, ſi nouatur poſtea. Præterea & hic non habet locum, niſi in cauſis lucratiuis præcedentibus, per rationes, quas ſuperius dixi. Nec obſtat, quod id videatur abſurdum, cum poſſit eſſe pœna maior, quamprimùm: & ſic interſit creditoris, non purgari moram: quia dico, quod tale intereſſe pœnæ non inſpicitur. Nam etiam ſi interſit in pœna, purgatur mora. illud quod ſolet dici, purgari moram, niſi creditor interſit, habet locum, ſi intereſt circa veram æſtimationem, vel circa principale. Nam licet ratione pœnæ interſit, illud non conſiderabitur. aliàs ſequeretur, quod vbi eſt appoſita pœna, nunquam fiat purgatio: quod eſt falſum. quia imo purgatur vſque ad litis conteſtationem, ſi aliter creditoris circa verum debitum non interſit: vt ſolet dici in materia moræ. & tenet Dynus, & omnes moderni. ad quod facit *l. cum dies. iuncta l. non diſtinguemus. in principio. de arbit.* & tenet Bart. *in leg. ſi inſulam. ĵ. de verb. oblig.* ¶Sed ad pdicta videtur obſtare l. apud Celſum. §. Labeo. infr. de exceptio. do. vbi tantum ope exceptionis prima tollitur, non

Communis opinio.

ed by Google

non ipso iure per nouationem. Sed dicere potes, quòd concordat: & loquitur de exceptione facti, vt ibi notatur in glossa. Vel vlterius potes intelligere secundũ præcedentem conclusionem, quod ibi non fit nouatio ipso iure, quoniam stipulatio præcedens erat ex causa nõ lucratiua, promiserat enim mihi restituere hominem meũ, ad quem fuerat condemnatus. Ideo non fit nouatio: sed actor potest eligere vtrũ vult: sed quia ibi agebat ambobus, doli exceptione repellitur secundum vnam lecturam: vel secundum aliam exactione facta per vnam, repellitur in alia, quatenus cõcurrunt, vt ibi patet: vnde non obstat. Sed contra ista insurgit *l. qui Romæ, in §. Flauius, ff. de verborum obligat.* vbi quis promiserat mihi manumittere seruum, & si non faceret, dare pœnam: tamen ibi nouatio non fit: & possum cogere, vt manumittat. Solut. potest dici, quòd ibi speciale fauore libertatis, vbi plura specialia sunt. *l. libertas. de regul. iuris. & hoc sentit gloss. in l. obligationum. in fine. & tenet Rayner. in dicto* §. Tu verò posses intelligere vt suprà dixi, quòd ibi causa onerosa est, ex qua habeo te obligatum: quia pro hoc dederam tibi seruum meum. Ideo non fiet nouatio. Sed concordat vt ex illo §. euidenter colligitur, subsequenter contra præcedentia opponitur, quod non fiat nouatio per pœnalem, *d. l. 1. in fi. de stipulat. seruor.* vbi seruus stipulatur vni ex dominis decem: & si non dabũtur, stipulatur alteri viginti, & com-

missa pœnali, prima non tollitur ipso iure, sed ope exceptionis. ex quo bene sequitur, quòd non erat facta nouatio. Solutio. potes intelligere, quod cõcordat: & loquatur ibi de intentionis exceptione: *vt intellexit Iacob. de Rauen. & Rayn.* & si non velles impropriare literam, dic præcedentia habere locum, vbi in persona eiusdem principalis & pœnalis fit: in contrario verò in personis diuersorum: & ideo difficilius fit nouatio. *hoc tenet ibi gloss. Petrus in dict. l. si pacto quo pœnam.* ratio potest esse: quia tunc sunt dissimiles in duobus, in re, & in persona. Ideo difficilior est translatio. *argu. d. l. an inutiles. §. acceptilatio.* Item quia videtur seruus quasi quęsiuisse primo domino, quod non ita de facili tollitur. *argument. l. fin. inf. eodem.* Sed contra præcedentia, quod in causa lucratiua semper fiat nouatio, opponitur *d. l. qui vsumfructum. de verb. oblig. & d. l. si pupillus. § qui actum. j. de nouatio.* Solu. dicunt quidam, quòd ista materia intelligitur secundũ illas, scilicet aut secunda continet minus, & non fit nouatio. Aut plus, & tunc sic. *& sequitur Pet. & Iac. Butr.* Tu verò dic in hoc sequendo Ray. quod cõtraria loquuntur, quando obligationes erant pariter principales: hic quando vna pœnalis subrogatur

Obiectio.

28 loco primæ: vbi indistinctè fit nouatio. † ratio est, quia quando erat mihi iam quæsita obligatio principalis: si quæritur, an per secundum actum fiat liberatio, inspicitur mens liberãtis. *inf. de acceptil. l. pluribus. & l. emptor. §. Lucius.*

Digitized by

cius.inf.eodem. Vnde in proposito si stipulor id, quod iam mihi debetur, vtrum per stipulationem videar recedere à principali, lex animum meum intuetur. nam si plus stipulor, videor recedere: si minus, non. Sed in ipso actu contrahendi & obligandi lex considerat animum promittentis, prout verisimiliter potest adaptari ad verba stipulationis. l. quicquid adstringendæ. ꝭ. de verbor. obligat. vnde cum simul & semel stipulor dari, & si non dederis, dari pœnam, inspicitur mens promittentis: quæ est, vt si nõ det principale, det pœnam, non attento, an sit plus aut minus in pœna. videtur enim in sua potestate seruare, vtrum eorum vellet soluere. *l. ita stipulatus. infra, de verborum obligation in fin. & ibi etiam tangit Bar. facit ad prædicta l. si quando. in §. hæres. de legatis 1.* Sed contra, quod in æquè principalibus non fiat nouatio, videtur casus *in l. si fundum Cornelianum. infr. de nouatio.* Solut. licèt ibi loquamur in stipulationib. pariter principalibus, tamen ibi ideo non fit nouatio, quod aliud cõtinetur totaliter in secunda, quàm in prima: secus si non aliud omnino. vel dic vt suprà *in l. si pupillus. § qui actum. infr. de nouatio.* Erat idem ratione commoditatis. ¶ Vlterius opponitur de *l. fin. C. de nouatio. & §. præterea. Inst. quibus modis tollitur obligatio.* Solutio. glo. *in dicta l. obligationum. in fi.* videlicet ꝙ hæc iura corrigantur per illam l. *quod tenuit Iacob. de Rauen. & Pet.* Tu dic *vna cum Gulie l. Iac. de Aret. & Modernis,* quod quãdo vtraque

que

que est pariter principalis, & habet locum illa materia, vbi propriè fit nouatio, in hoc antiqua iura corriguntur, vt ibi: quia non fit, nisi hoc agatur expressè, ne per omne argumentum recedatur à prima, sed quando prima est principalis, secūda pœnalis, tunc fit quasi nouatio in causis lucratiuis, *vt supra dixi*, & nihil mutatur. *facit quod notat Cynus in dict. l. si pacto quo*
29 *pœnam.* Sed nunquid † fiat nouatio vel quasi, sed ex vtraque exigatur in solidum fortiter insto, & sic: vsura est pœna. *l. qui sine, infr. de negot. gestis.* sed sequens stipulatio vsurarum, & sic pœnalis non nouat primam: imò vtrunque exigitur sors & pœna, *vt per totum titulum de vsur. & l. lecta. si certum petatur. l. traiectitia. §. de illo. de actionib. & obligatio. l. qui Romæ, §. Callimachus, de verb. oblig. cum similibus.*

Solu. præcedentia habent locum, quando pœna apponitur loco interesse, & totalis cessationis: quo casu vtrumque non petitur: sed dic, vt suprà. in contrario verò ibi apponitur loco interesse particularis, & loco particularis solutionis, vt dare quinque denarios omni mense pro libra, nam tunc primum non nouatur, sed vtrumq; petit', vt ibi, propter mentem contrahentium, quæ videtur esse talis. *& ita tenet Petrus in dicta l. qui Romæ. §. duo fratres. inf. de verborum obligation.* An autem pœna adiecta quantitati præsumatur in fraudem vsurarum, non est materia nostra: sed dic, vt habetur *in l. cū allegas, C. de vsuris.* per glo. & doctores, *dixi aliquid*

quid in l. sed & si quis. in fin. ff. si quis cau. vbi gloss. tangit. Similiter ad idem, quod possit exigi res & pœna, videtur multum obstare l. si quis rem, ꝗ. de arbit. & etiam l. 1. Solut. vt ibi not. in gloss. quoniam aut pœna apponitur loco rei, seu interesse, & habet locum hæc materia: aut loco cõtemptus, & non fit nouatio, sed vtrunque potest exigi vt ibi: & ita transeunt oẽs. Tu si velles cõsiderare, potes dicere, quòd illa lex in aliquo non est contra. Nã non dicit illa lex, quod ab eodem possit exigi res & pœna, sed dicit, quòd si venio contra prómissum, & rem ꝓsequor in iudicio, poterit aduersarius à me exigere pœnam. vnde nõ petebatur res & pœna ab eadem persona. Ideo nihil habet commune cum materia nostra: tamen quia possibile est ferri sententiam in re pro eo qui pœnam consecutus est, & tunc consequeretur vtrumque: in eo posset retorqueri contra: & tunc solue, *vt dixi latius.* † posset dici sic: quan- 30
do pœna venit loco cõtemptus, aut est apposita per legem, & vtrunque petitur. *l. si pro fure. §. furti. de condi. furti.* Aut est conuentionalis, & tunc aut ego ago ad vtrunque, actione descendente ex eadem causa, vt quia arbiter condemnauit, & arbitrium homologatum est expressè, quo casu habeo actionem ad rem: tunc si ex eadem causa peto rem actione descẽdente ex sententia arbitri homologata, & pœnam actione ex stipulatu, quia nõ est paritum sententiæ: tunc debeo alterutro esse contentus.

Obiectio.

tus. *l. Celsus. in princip. ff. de arbitris. & ita intelligitur quod dicit Cynus in dicta l. cum proponas. Cod. de transactio.* Aut peto ex diuersis causis rem rei védicatione, pœnam ex stip. actione: tum aut primò cõsequor pœnam, & nihilominus possum consequi rem. Aut primò cõsequor rem, & non potero ad pœnam agere, quasi videar eam remisisse. *l. 2. in princip. & l. si duo. §. 1. ff. si quis cautio. & in dicta l. si quis rem: facit quod notat Iacob. Butriga. in dicta l. 2 si quis caut. & Rayn. in dict. l. Celsus. in principio. inf. de arbitris.* Sed contra præcedentia opponitur, quod nunquam sit necesse de nouatione vel quasi quęrere. sed si promissor non potest dare vel facere quod promisit, immediatè teneatur ad pœnam tantùm. *l. ita stipulatus. in principio. de verborum obligatio. l. obligationum. §. si. in principio.* in quibus apparet, quod primum non est in obligatione, ergo non debet de nouatione tractari ꝗ. *de nouatio. l. 1.* Solu. materia nostra, & quod dixi, habet locũ, quando præcessit conuentio obligatoria, & si non daret, pœnam promisit: quo casu primum est in obligatione: ideo de nouatione quæri potest. Sed in cõtrario incipit à præcedenti conditione: quo casu nunquam nouatio fit, quia cum primum sit in conditione tantùm, ergo nõ in obligatione. *l. si quis sub conditione. ff. si quis omiss. causa testam.*

Sed postquam est cõmissa, sola pœna petitur, *vt ibi:* & tunc dicitur committi, cum desiit posse dare vel facere principale. Vnde impossibilis

Digitized by Google

sibilis est nouatio: cùm non inueniatur nisi vna numero. *& hoc voluit dicere textus in d.l.duo societatem. versic.non enim. inf.pro socio.* ratio autem differentiæ, quare citius committatur in prima, est: quia facilius debuit incidere in pœnã, qui non fecit illud, ad quod erat obligatus, *vt notatur in d.l.ita stipulatus.*

¶ Subsequenter † contra proximè dicta, 31 quod etiam si incœperit à præcedenti conditione, non expectaretur tempus, quo desinat posse dare vel facere: sed statim cùm est in mora, committitur, vt sic inter illa non sit differentia aliqua, *videtur casus in dicta l. ita stipulatus. versic. itaque. inf. de verbor. obliga. & in l.1. de penu legat.* Solut. in isto passu opiniones sunt. Bart. plenè examinat *in dicta l. ita stipulatus.* vnde succinctè loquar. Quidam intelligunt idem in legatis, quod in stipulationibus. hanc tenent Iac. de Rauen. & Petrus: & intelligunt illa iura, quod incœperat à præcedenti legato. hæc nõ placet per tex. *l. ita stipulatus.* qui videtur facere differentiam, & inducere aliquid præcipuũ in legatis ibi, *vtilitatis causa, &c.* Alij dicũt, quod speciale in legato fauore alimentorũ & vlt. voluntatis. In aliis verò legatis nõ idẽ, nec in ꝯctib. nec ista placet, vt j. dicã. Breuiter in isto passu sequor glo. *quæ est in l. & si post tres. §. si quis cautio.* quod speciale sit in vltima volũtate, & quocunq; legato. In omnibus ergo legatis cũ pœna, cõmittitur pœna statim cũ cessatũ est: & sic cũ principale dari potuit vel fieri.

& de hoc est casus *in cap. Raynaldus, extr. de testament. & in l. si penum. inf. quando dies leg. ced. ibi, vel fundum*, quæ intelligit illam materiam, etiam in alio, quàm in legato alimentorum. expressius *in l. si peculium. §. si. hanc tenet Guliel. & Dynus in l. dedi in princip. de condict. ob causam. & Bart. in l. ita stipulatus*. Nec obstat huic intellectui *l. si cum præfinitione. infra. quando dies lega. ced.* vbi videtur fieri differentia inter legatum, quod incipit à præcedenti cõditione, & illud quod incipit à pręcedenti legato: quia dico illud intelligi, quo ad constituendũ plura legata, quia si incipit à legato, sunt duo, vnum purum, & aliud cõditionale. & si soluit purum ante moram. videtur soluere quod legatum est. Si verò à conditione, videtur esse vnũ tantùm, scilicet conditionale. & licet soluat pretium ante moram, non videtur soluere quod erat legatum, sed potius mortis causa capitur. *l. 1. §. item si ff. ad legem Falcidiam*. Sed quo ad hoc vt citeriori die debeatur pœna, seu committatur in vno quàm in alio, nõ: vt s̃. dixi. Et ex decisione illarum, legatum sequitur & infertur ad transmissionem, quod vbi incipit à præcedenti conditione, & moriatur legatarius ante moram hæredis. quod nihil trãsmittit ad hæredem: quia erat vnum tantùm conditionale. vbi verò à legato transmittit legatarius legatum primum purum, & non pœnale. *& ita deciditur in d. l. si cum præfinitione, inf. quando dies leg. ced. iuncta l. si penum. eodem titulo*. Sed posses dubitare

bitare de vno, quando in contractibus bonæ fidei, vbi non fit nouatio ipso iure, sed tollitur per pœnalem vsque ad concursum: an tunc ipso iure ex actione vnius tollatur alia obligatio. Sed dico, quòd de hoc est casus in dicta l. prædia. Nam si eligo pœnam, principale remedium ipso iure tollitur. Si verò eligo principale remedium, pœna tollitur ope exceptionis, & rationem assignat glo. ibi prima, quæ ibi ponitur communiter approbata: quia in pœnis non inspicitur interesse, secus in actione ex vendito, &c. Puto & hanc fuisse rationem, quia pœna succedit loco principalis remedij. ideo electione pœnæ facta, principale ipso iure tollitur, quasi principale iam videatur exactum: sed contrà, principale remedium non succedit loco pœnæ: quia esset absurdum & i[illegible]ssibile, cùm præcesserit illam in conuentione. Communis opinio.

Ideo electione ipsius non tollitur stipulatio pœnalis ipso iure, sed bene exceptione tolletur: ne quis rem consequatur & pœnam, & sic in effectu bis idem. *& ista fuit ratio decisionis in d. l. prædia, &c.*

¶ Vt autem † habeas clarissimè passum vltra omnes, & latius, sic dices: si quæras vtrum pœnalis nouet primam, aut erat pœna legalis: & dic quod non. *de quo in l. si pro fure. § furti. & l. fin. infra, de conditione furti.* aut in vltimis voluntatibus: *& dic vt supra dixi. de quo in l. 1. § item si ita. ad legem Falcid. & in l. 1. de penu legat.* aut in 32

pœna conuentionali: tunc aut vtraque principalis & coæquæua: & nõ est materia nostra: sed dic vt hîc prosequuntur Guliel. & Cy. *in d. l. si pacto quo pœnam. Bar. in l. pen.* ∫. *de præto. stip.* aut vna principalis, & alia pœnalis: & tũc aut pœna est apposita loco contemptus, *& dic vt supr. dixi per l. si quis rem. infr. de arbitr.* aut loco interesse: & tunc aut incipit à præcedenti cõditione, & nulla fit nouatio: quia primũ nunquam fuit in obligatione, sed tantùm vltimũ debetur post moram. *l. ita stipulatus. in prin. cum simil.* aut à præcedenti conuentione: & tunc aut talis pœna ponitur loco interesse particularis, & non fit nouatio, sed vtrunque petitur, *vt in toto titul. de vsur.* aut in loco interesse totalis, & tunc aut prima conuentio erat liberatoria, & non fit nouatio per pœnalem, *vt in hoc* § *& in l. qui Romæ.* §. *duo fratres. de verb. obl.* siue non fuerit omnino ipso iure sublata, *vt hic* §. *siue fuerit, vt l. vbi pactum, C. de transactio.* & rationes s̃. dixi. aut præcessit obligatoria: & tũc aut bonæ fidei, & non nouatur pœnalis: tollitur tamen per exactionem vsque ad concursum. *l. prædia de actio. empti. l. si quis à socio. & l. duo societatem.* ∫. *pro socio.* aut præcessit obligatio stricti iuris: & tũc aut erat ex causa onerosa, *& idem d. l. prædia secundũ vnam lecturam, & not. in l. 2. de iu. emph.* aut ex causa lucratiua: & tunc aut pœnalis fuit apposita ex interuallo & idem vt non fiat nouatio: *per notata in l. A[illegible] de nouatio & quod supra dixi.* aut incont[illegible] & tunc si est clausula (rato manen-

manente pacto) idem vt non fiat nouatio. *l. ita stipulatus. in fine. & l. qui fidem. cum similibus.* si verò non est ibi clausula talis, tunc aut præcedens habet executionem paratam, & tunc non fiat nouatio. *l. 3. §. si ex conuentione. inf. de iudicijs. & ita posset intelligi §. Labeo. in l. apud Celsum. de exceptio. dol.* aut non habet: & tunc nouabitur, vel quasi. *l. obligationum. 2. in fine. de obli. & actio. l. ita stipulatus. cum similibus.* & hæc nouatio ipso iure fit, quando principalis, & pœnalis in eadem persona fundantur. si verò in diuisis, ex parte eius, cui acquiritur obligatio, non fit ipso iure, sed ope exceptionis *l. prima in fin. infra de stipu. seruo.* Ex parte verò illorum, qui obligantur, dic, vt habetur *in l. fina. in fine. supr. de eo per quem fact. erit. cum ibi no. & ibi dixi.* Et nunc habes húc articulum expeditum.

¶ Nunc dilucidata hac lege per contraria, restat inquirere de viribus pactorum, quæ nõ est propriè materia nostra, sed §. pactus in l. si vnus. infr. eod. & tangunt Vltramon. & Cyn. C. eo. l. pacta quæ contra. Tamen quia gl. hic vnum tangit, tangam aliquid, & † reuocabo 33 in dubium, an per pactum de non petẽdo creditor obligetur naturaliter non petere. gl. fi. hic in vltimo cõtrario tenet quod sic. & idem firmat *in d. §. pactus.* quidam reprobant gl. primò per casum *l. si pater. §. 1. ff. de iu. dot.* vbi dicendo debitori, quod debes mihi, sit tibi in dotẽ, & sic liberãdo à primo debito bene inducitur liberatio: non tñ per hoc creditor obligatur.

turaliter ad non delinquendum: *vt ibi facit pro hac parte. C. eod. l. cũ postea.* vbi dicit, liberabit eã, quæ cauerat se nullam controuersiam motu- sam. ergo præsupponit eam. *ȷ̃. de ver. obl. l. decẽ.* Ad contraria respon. primò ad l. si pater. §. 1. & solue vt ibi not. quia non obligatur ibi ad soluendũ aliquam quantitatẽ ex illa promissione: sed bene obligatur naturaliter nõ petere primum debitum. Nec obst. secundũ: quia respondeo, ꝙ idem actus non parit obligationẽ & liberationẽ: quia fateor in ead. persona: sed hoc pactũ liberat debitorem ab obligatione prima, & obligat creditorẽ non petere: quod fieri põt. *l. in numeration. b. ȷ̃. de sol.* Nec obst. tertiũ: quia hic actus nõ operatur vltra intentionẽ: imo hic agebant partes, vt creditor obseruaret pactũ ex quo obligat⁹ est naturaliter ad obseruandũ. *arg. l. 1 in prin. s̃. eo.* Nec obst. quartũ, quia ille §. interdũ. nõ obstat. vñ fateor, ꝙ si mulier delegaret debitorẽ suum, aĩo intercedendi, ipsa implorat Velleianũ, vt in 1. parte illius §. sed si aĩo donandi delegat alteri, vt liberat debitorẽ, non tuetur Velleiano: quia non succurrit mulieri donãti. & licèt obligetur naturlr̃ non petere, hoc fieri põt: quia nõ est obligatio alterius, vel ꝓ alio, sed pro seipsa: vnde non obstat, & sic cõclusio firma remanet. Sed dices mihi immediatè, frustra in hac subtilitate laboras: cùm talis nr̃alis nullũ habeat effectũ, non actionis: quia ex ea nõ agitur. itẽ non repetitionẽ soluti, nec cõpensationẽ inducit:

ad nõ Delinquendũ oẽs naturaliter obligamur.

Mulieri donanti nõ succurritur.

quia hoc non interponitur, nisi ad nõ faciendũ. Tamen quidã dicunt, ꝙ pactũ de non petẽdo donatio est. ȷ̃. *de dona. l. in adibus*. ideo si paciscens petet, agam cõtra illum ad interesse ex pacto donationis. Istud domini, non placet mihi: primo, qa licèt obliget ad non petendũ, & dicatur donatio: tñ ex illo non agitur, *vt dixi in l. iurisgentium. §. sed cum nulla.* s̃ *eo*. Item quia ex donatione non agitur etiã hodie, nisi habeat secum executionem vel traditioné annexam. *l. Nesennius. § fundum. inf. de re iud.*

Sed in pacto liberatorio statim fit traditio: trahit enim secum executionem, *vt infr. vt leg. no. caue. l. 1. §. si debitori. pro hoc in l. metum §. sed quod pretor. inf. quod met. causa*. Ideo talis effectus non est bonus. Quid dicendum? dic vnũ effectum, quia obligatus ad nõ petendum est obligatus ad factum. *l. vbi non apparet. §. qui id quod infra. de verb. obligatio* & ex consequenti ad interesse, si fiat contra: *vt ibi. & l. stipulationes non diuiduntur.* Ideo posset tale naturale debitum cõpensari. *inf. de compens. l. etiã.* Ideo Iac. de Are. *in l. Mauia. in fi. inf. sol. matri.* addit alium, quem tene menti. Tu scis, quòd mulier nullo modo obligari viro potest, nisi appareat, quod in vtilitatem mulieris conuertatur, *vt in auth. si qua mulier. C. ad Velleia.* Sed pone, ꝙ vult ei facere pactum de non petendo: certè non poterit, quia naturaliter obligaretur, vt dixi. & hęc similiter faciũt ad statuta dictãtia, ꝙ mulier vel minor nõ obligetur, nisi certa solénitate, quod nõ possunt

sine

Digitized by Google

sine d. solennitate facere pactum de non petendo.& ad prædicta de muliere liberante virum, adde quod notat glo. notabilis *in l.1.§. in summa.ÿ.quarum rer.act.non dat.&c.* Singulare.

¶ Viso quid per pactũ naturale inducatur, restat,† videre, an per pactum nudum de non 34 petẽdo obligatio naturalis tollatur, quoniam de aliis eius viribus nõ reuocatur in dubium, scilicet an elidat actionem, an exceptionẽ inducat: quia vtrunque facit, *vt inf. l. si vnus.§. si pactus.cum gl.& in hoc passu glo.* ibi tenuit, quod per pactum de non petẽdo tollatur obligatio, *per l.Stichum.§.naturali.ÿ.de solut.& ibi notatur in d.§. pactus.* Guhel.de Cu.fuit in opinione cõtraria, dicens, quod licèt per pactum liberatoriũ tollatur naturalis: *vt in d.§.naturalis.* quando illud propriè tendit ad tollendum, vt quãdo dicerem tibi, libero te ab obligatione prima: tamen si tantùm fiat pactum de non petẽdo, vt promitto non petere: obligatio non tollitur, sed tantùm inducitur exceptio, scdm ipsum. Circa cuius passus declarationẽ primò annectã rationes Guliel. quæ quatuor sunt, eiusq; opinionem quibusdã aliis rationib. colorabo: deinde pro glo. faciam aliquas rationes. & vltimò hunc passum decidendo cõcludam. Prima ratio Guliel. est, pactũ non debet operari effectũ vltra illud, ad quod inducitur *l. si vnus. §.ante omnia.ÿ.eo.* sed pact.de nõ petendo inducit tantũ ad tollendũ petitionẽ,& nõ ad aliud. *l.amplius non peti.l.rem rat.habe.* igitur nõ debere

tollere obligationem, quæ est à petitione penitus separata. *l. si decem cum petiero. infra, de verborum obligatio.* cùm non debeat in separatis de vno ad reliquum inferri. *l. si maritus. Codic. de donation. inter virum & vxorem. & in leg. naturaliter. §. nihil commune. infra, de acquirend possessione.* Secunda ratio est, quia ex accessorio non infertur ad principale, sed econtra. *l ex pupillari. infr. de vulga. & pupil. l. cum principalis. infr. de regu. iur.* sed obligatio est mater & principalis, & actio filia [a] accessoria. *l. licet. §. ea obligatio. infr. de procur. & notatur supra, de edendo. l. 1. in princ.* ergo pactum de non petendo, quod respicit accessorium, scilicet actionem, ad principale non debet extendi, vt per hoc vlla tollatur obligatio. *ad quod accedat §. qui principale. l. post legatum. infr. de his quibus vt indig.*

à Separatis male infertur.

ab Accessorio nō infertur ad Principale.

a Actiones in personā nascuntur quidem ex obligatione tanquam filia à matre: At actiões in rem nunquam ex obligatione descendunt. § 1. Instit. de actionibus. Atque ita regula illa generaliter nō procedit qua dici solet: q actio sit filia obligatiōis.

Tertia ratio Guliel. est, quia ciuilis obligatio est mater connexa actioni, quæ & ipsa est ciuilis, quoniam ambæ sunt de iure ciuili. *l. 2. §. deinde supr. de origin. iuris.* vnde si aliqua deberet tolli, citius ciuilis debet remoueri actione sublata, quia cum aliquid debet tolli in consequentiam alterius, magis debet tolli connexum, quàm separatum. *l. 1. § sed interdum. infr. de aqua pluuia. arcend. & l. si finita. § ex hoc edicto. ꝟ. de dam. infect.* hoc consequens est talium, quia ciuilis non tollitur, sed eliditur: *vt in d. §. pactus.* ergo. &c. Quarta & vltima ratio Guliel. est, cui dicit responderi non posse, patientia pro traditione habetur, & per illā cum causa habili

Patiētia vim traditionis habet.

ed by Google

habili transfertur dominium. *C. de acq. poss. l. minus instructus. Insti. de rerum diui. §. per traditionem.* sed in reali † si paciscar, quod non petam à te 35 possidente rem meam, nõ perdo dominium, nec videor illud in te träsferre: [a] quod tamen erat de iuregentium. *casus est in l. siue apud acta. C. de transact.* ergo nec à simili, obligatio naturalis, quæ est de iuregentium, debebit tolli. Ista fuit opinio, quam sequi dicit Iacob. Butr. & quidam moderni non esse peccatum. hanc opinionem corroboro aliis rationibus: & primo sic, vltima voluntas non est minoris potentiæ, quàm contractus. *l. fin. C. de leg. l. seruum filij. §. qui chirographum. de lega.* ĵ. Sed in vltima voluntate, vbi non petere vertitur, non tollitur ciuilis, nec etiam naturalis. *l. 3. §. nunc de effectu. ĵ. de liber. leg.* ergo, &c. Secundò, quia vbi duo coniunguntur ad aliquid inducendum, vnum sine alio remoueri non potest. *leg. si ita §. regula. ĵ. de liberis & posth. cum similibus.* Sed naturalis & ciuilis simul innectuntur, vt producatur actio, *vt Instit. de oblig. in princ. & cum ibi no.* Sed per pactum tale ciuilis non tollitur, *vt in §. pactus.* Ergo nec naturalis debet tolli. Tertiò pro hac opinione videtur casus Institut. de except. §. præterea. vbi dicit text. obligationes non dissoluuntur: Ergo intelligit de ciuili & naturali. *argum. l. vbi numerus. ĵ. de testi.* † Sed his non obstantibus teneo glo. quam multiplici- 36

a Imo transfertur hoc casu dominiũ. Primo quia adest voluntas domini rem in alium transferre volentis: Secũdo quia adest traditio non quæ fit illo tempore quo cõtrahentes de dominio transferẽdo loquuntur, sed quæ antea facta fuit: hæc retrotrahitur, & iure pro eo habet acsi iã res eo nomine traderetur, vocaturq; quasi traditio. Sic de cõmodata & deposita re loquitur Imp. Iustinianus expresse in §. interdum. Inst. de rer. diuis. quare auctor male vti verbis, Nec vide or, quod notant improprietatem, cum illo casu improprie dominium per patientiam transferatur. melius dixisset, Nos illud in te transferre cum reuera non transferat.

58 ter confirmo. Primò per d. §. naturalis. Vbi est casus, ibi iusto pacto naturalis tollitur &c. Secundò per casum. ff. eo. l. si vnus. in §. sed si stipulatus. Vbi pactum de non petendo tollit naturalem obligationem. dum tex. dicit, totã obligationem tolli. Tertiò per §. pactus ne peteret: versic. idem dicemus. vbi in bonæ fidei contractibus per pactum de nõ petendo tollitur obligatio naturalis re integra. Quartò per casum in d. §. præterea. quem nunc allegabam in contrarium. nam dicit tex. nõ omnem obligationem dissolui. sed ciuilis nõ dissoluitur secundum omnes. ergo necessariò dissoluitur naturalis. Quintò probatur tali ratione, illud operatur propositũ in proposito, quod oppositum in opposito. *l. fin. C. de sentent. pas. cum simili.* Sed pactum nudum naturalem inducit. ff. *eod. l. 1.* Ergo similiter tale pactum debet tollere naturalem. Sextò ille, qui vult consequens, velle videtur etiam antecedens, per quod fundatur consequens. ff. *de acq. her. l. illud.* sed ille, qui fecit pactum, tale vult cõsequens, hoc est, actionem tollere: ergo & antecedens velle videtur, scilicet obligationem submouere, sed ciuilem non potest, *vt in §. pactus.* ergo saltem naturalem tollat. Septimò probatur sic, † est verisimile quemlibet sic rem agere, vt valeat, & effectũ habere possit. ff. *ad Tertul. l. ex facto in princ. & §. si iuncta. l. sciendum.* ff. *de ver. sig & de proba. l. si Pactum.* Sed si per hoc pactũ de non petendo tolleretur tantũ petitio, materia pacti nõ valeret: qa esset impossibile

Communis opinio.

57

de no-

Digitized by Google

de natura. nã ét si faceret mille pacta, non posset tolli, quin saltē de facto possit agi. *C. de trãsact. l. vbi. & no. in l. siue apud acta eo. tit.* Ergo videt intellexisse, φ iure agi non possit, vt qa obligatio sit sublata, scil. naturalis: quæ potuit tolli.

Octauò sic, quando negatiua præcedit signũ vniuersale, facit quod illud vniuersale in particulare resoluitur. *l. legitimos. §. in legitimis.* ĵ. *de legiti. tut.* sed Inst. de excep. §. præterea. legitur in tex. nõ omnes obligationes dissoluunt. Ergo sequitur φ quędã dissoluũtur, quædã non; sed nõ tollit ciuilis: *vt in §. pactus.* igit sequitur, φ naturalis tollitur: cũ non sint aliæ obligationes. Nonò probatur sic, in contractib. qui cõtrahuntur cõsensu, re integra, contrario consensu omnis tollitur obligatio: & tamẽ in illis erat naturalis. *l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur.* & tñ tollitur, sicut in simili in delictis vertitur obligatio naturalis. *l. 1. § bestias.* ĵ. *de postul.* & tamẽ p pactũ tollitur. *d. § pactus.* secũdo respõso. Ergo, &c. Nec obstat φ in contractib. qui cõtrahuntur cõsensu, & in delictis sit speciale: qa dico, φ in eis est bene speciale, vt omnis tollat obligatio, nõ vt tollatur naturalis tantũ. *l. si tibi decē. § quadã. cum ibi no.* ĵ. *eo.* Decimò & vltimò, qa naturales obligationes super æquitate fundantur: & pactum de non petendo super eadem æquitate fundatur. *Instit. de replica. in princip.* & vna æquitas debet aliam faciliter tollere. *leg. Stichum. §. naturalis. & l. prout quisque. infra de solutio.* Ex quibus concludo opinionem glo. veram, talem conclusionem eliciens, † quod

pactum

Guliel. Nunc restat respondere ad rationes, quas formaueram pro illa parte: & primo ad primam respondeo, quod non obstat. minoris enim potentiæ hîc est vltima voluntas, quàm pactum: quia vltima voluntas solum vnius nititur voluntati: igitur minus est potens in tollendo, quàm pactum, quod duorum nititur voluntati. *ad quod facit quod not. in l. 1. C. eod. cum sim.* Ad secundam rationem respondeo, quòd quando duo iunguntur ad idem, vnum sine alio separari non potest, quando sunt inseparabilia: vt in contrario cum secus si sunt separabilia, vt hic, est enim naturalis separabilis à ciuili. *leg. fideiussor. §. fideiussor. infra de aqua quoti. & æsti.* Ad meam vltimam rationem ego respondeo, quod ille §. præterea. facit pro ista conclusione: quoniam ibi præcedit negatiua, signum vniuersale, vt supra dixi in octaua ratione pro illa parte. † Attende tamen 40 quod vno casu non saluo opinionem Guliel. videlicet quando per pactum de non petendo nulla quæritur pacti exceptio, sed l. de sui æquitate concedit exceptionem doli: vt quãdo procurator paciscitur domino: *vt in leg. nostra. in sui fine.*

Nam tunc quia nec actio tangitur, seu impeditur aliqualiter, quapropter pactum, antequam opponatur doli exceptio, tunc nullam obligationem ipso iure tolleret: alias tollit naturalem, *vt s. dixi*, quod intelligo verum, quando pactum de non petendo interponitur

tur

tur super re, quæ erat in obligatione: secus si in obligatione non erat: vt puta super actione reali, quando promitto tibi à te non petere rem meam, quam possides. Nam tunc nulla tollitur obligatio: ratio, quia nulla erat, *vt Instit. de actio. in princ.* sed paratur exceptio, & actionis exercitium impeditur. *l. si profundo. & l. siue apud acta. C. de transact.* § Pro huius ergo

41 passus declaratione † an per conuentionem liberatoriam obligatio tollatur. Distingue, aut intercessit acceptilatio: & omnis obligatio & ciuilis & naturalis tollitur, sicut solutione. *l. vbi pactum. C. de transactio & infra de acceptila. per totum.* Aut non intercessit: & tunc aut vetatur non petere in vltima voluntate, & non tollitur. *l. 3. §. nunc de effectu. infra de liber. leg. & supra dixi.* Aut vetatur in contractu, & tunc aut est liberatorium pactũ, vt te libero: & tollitur obligatio naturalis, & in hoc omnes cõsentiunt. *l. Stichum. §. naturalis.* Aut non est tale, sed tantùm promissorium, vt promitto non petere: & tunc aut illa obligatio naturalis venit ex contractu, qui consensu perficitur, & res erat integra, vel venit ex delicto: *& idem l. si tibi. §. quidam. infra eodem. & dict. §. pactus.* Aut venit ex alio contractu, & tunc si pactum valet vi propria, quia producit exceptionem pacti, & tollit naturalem. Ita intelligitur opinio gloss. & mea conclusio. Sed si non valet vi propria, quia non producit exceptionem, sed lex de æquitate dat exceptionem doli: tunc

Communis opinio.

non

Digitized by Google

non tollit naturalem. & ita potest intelligi & seruari opinio contraria. Ad quod lex nostra in fine sui. Hæc sunt quæ sentio in subtili nostra materia: quicquid dicant alii. Vires autem aliās pacti de non petendo hic examinare non curo: cum sit à materia nostra penitus alienum. *sed plene dicam in l. si vnus §. pactus ne peteret. ff. eo. vbi etiam doct. & gloss. tangunt.*

FINIS.

SVMMARIVM.

1 *Pactum de non petendo, an & quibus casibus tollat ipso iure actionem aut stipulationem, & nu. 3. & 5.*

2 *Pactum de non petendo factum mulieri, quæ pro alio fideiussit, an tollat stipulationem fideiussoriam.*

4 *Pactum de non petendo quare facilime impediat ortum actionis, quum eam ipso iure tollat.*

6 *Pactum subsequens an possit nouare præcedentem obligationem.*

7 *Nouationem non fieri, nisi id agatur inter partes.*

8 *Pactum legis quid dicatur.*

9 *Nouatio an ipso iure causetur in stipulationibus contrariis etiam si id non exprimatur.*

10 *Acceptilatione non fieri præcedentis obligationis nouationem, sed potius resolutionem.*

11 *Ius in stipulationibus versatur: in pactis vero factum.*

ctum, Et quam interpretationem hoc axioma recipiat, nu. 73. & 80.

12 Factum quare dicatur versicul. in pactis, non autem ius.

13 Pactum iure quidem gentium obligationem parit, sed quæ inefficax inspecto iure ciuili.

14 Contractus naturales contrario consensu ipso iure dissoluuntur.

15 Iuris simpliciter enuntiati appellatione an veniat ius naturale aut gentium, & nu. sequ & 17.

18 Pactum ipso iure tolli per pactum contrarium, an sit indistincte verum, & nu. seq. & 33.

20 Obligatio naturalis iuncta ciuili an sit eadem in substantia.

21 Obligationis diffinitio tradita per Iustinianum, competatne soli ciuili, an vero ciuili & naturali simul iunctis, & nu. 28.

22 Obligatio ciuilis quomodo causetur, quomodo item naturalis.

23 Obligatio ciuilis quando causetur sine naturali.

24 Obligationis naturalis ortum impediri per metum vel dolum.

25 Actionem gigni ex obligatione ciuili sine naturali cooperante.

26 Obligationem ciuilem non reperiri, quæ non habeat secum naturalem.

27 Obligatio naturalis duplex.

29 Obligationis vinculum ciuile quare sit efficacius.

30 Obligationes duas naturales posse sibi inuicem contrariari.

31 Intel-

Digitized by Google

56 Fideiussorem posse accedere contractui literarum ante biennium.

59 Intellectus ad l. qui pecuniam. ff. si cert. pet.

62 Pœnitentiam non habere locum in literarum obligatione.

63 Obligatio literarum an esset cognita iure Digestorum.

64 Intellectus ad l. non figura. ff. de actio. & obligatio.

65 Contractus literarum iuratus sitne efficax de iure ciuili, & nu. 67.

66 Iusiurandum non semper sapere naturam contractus, super quo interponitur.

68 Intellectus ad l. fi. C. de non nu. pec.

69 Obligatum sub condictione censeri eum, qui aliquid promittit sub prætextu fidei ab altero seruandæ.

71 Exceptionem quæ competit ex pacto de non petendo, procedere non quidem ex æquitate sed ex cõuentione.

72 Pollicitatio an producat obligationem naturalem.

74 Obligationem naturalem non tolli per cõtractum iuris ciuilis, sed per contrariam obligationem naturalem.

75 Iudex poßit nécne ex officio repellere excipientem de pacto de non petendo, si ei constet vel de iniquitate pacti, vel de posteriori pacto de petendo, etiam si pars diuersa non opponat.

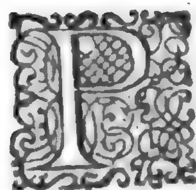
76 Iudex potest ex officio repellere agentem de obligatione dolo vel metu contracta, si de hoc ei constet ex confeßione ipsius agentis.

77 Con-

Digitized by Google

INTERPRETATIO

l. si vnus. §. pactus.



PActvs. iste §. subtilissimus & difficilis redditur pręsertim à glossis, & nisi opiniones & verba posita in hominum veterũ auctoritate, maximè illustriũ plus (nescio quo pacto) vidétur habere grauitatis, lugendam diceré nostram ætatem, cui etiam luculentissimi iustitiæ doctores quàm plura sine iuris & æquitatis mysterio tradunt. Docent enim plura implicata & non necessaria, & forsan non vera. Credo equidem quod si veritatis inquirendæ cura acriter eos anxisset, ex eorum disciplina eam nouissem. Iste §. hoc continet in summa. Licet stipulatio per stipulationem tollatur ipso iure, tamen pactũ contrarium liberatorium per secundum ope replicationis eliditur, si prima actio durat: sed si est extincta per pactũ nõ restituitur, nec reuiuiscit. Sed in obligationib. quæ cõsensu contrahuntur noua actio nascitur, & res de facili ad suam naturam reuertitur, hoc dicit. Ad euidentiam debes scire, quod totus iste §. loquitur,

quitur, quando interueniunt tria. s. actio prima ex prima obligatione, item pactum ad coartandum primam actionem, item tertium pactum ad actionem primam iuuandam. Diuide ergo §. in tres partes principales. prima quando secundum pactum ponitur ad perimendam primam actionem, non tamen eam perimit ipso iure. secunda quando apponitur pactum ad perimēdam ipsam actionē, & ipso iure perimit. tertia quādo apponitur pactum ad limitandam, vel coartandam, seu iuuādam primam actionem, nō tamen ad eam tollendā. secunda ibi sed si pactū. tertia ibi, ꝙ si non. Prima subdiuiditur in tres partes. primò ponit duo dicta quæ videntur sibi contraria, secundò assignat rationem diuersitatis. tertiò ponit vnam illationem. secunda ibi. quia in stipulationibus. tertia ibi. eadem ratione. secunda pars principalis subdiuiditur in duas. prima quando per pactum tollitur ipso iure actio, quæ ex pacto nascitur. secunda quando tollitur ex pacto ipso iure actio, quæ ex pacto nascitur. secunda ibi. idem dicemus. Item tertia pars principalis subdiuiditur in duas. prima est, quando pactum limitat actionem circa rem vel quantitatem. secunda quando limitat circa tempus. secunda ibi. quod etiam in specie. hæ sunt summa & diuisiones Barto.
1 ¶ Venio † ad notabilia: & primo notandum est quod pactum de non petendo non tollit ipso iure stipulationem vel actionem. huic cō-
clusioni

Digitized by Google

clusioni moderni subdunt sex limitationes: quarum quatuor dicunt se addere vltra alios. Prima *in versiculo sed si pactum. & in l. si tibi. §. decem. infr. eodem.* scil. in actione iniuriarum quæ per pactum de non petendo tollitur. item alia in emptione & in contractibus qui consensu perficiuntur, qui quidem cõtrario consensu resoluuntur, *vt leg. ab emptione. infr. eod. & in versicul. idem.* ỹ. *in nostro §. cum similibus.* tertia est limitatio à domino Iasone vltra alios addita, & si eam referat dom. Alexand. in secundo notabili: quando pactum de non petendo fit, ne ab eo petatur, qui aliàs erat tutus exceptione: vt puta, mulier fideiubens tuta exceptione Velleiani, creditor fecit pactum ne ab ea peteretur. certè hoc casu pactum de non petendo tollet stipulationem vel actionem. *hanc intentionem notauit Bald. ex Gloss. in l. legitima. su. eo. & multum eam commendat in secunda lectura & in prima. idem tenet Angel. Paulus & Alex. & dicunt modernis hanc limitationem esse veram, quicquid ibi dicat Ful.* † Sed ego ignoro fundamentum 2 limitationis, & satis dubito: certè ratio quare pactum non tollit stipulationem est, quia naturali regula resolutionis idem est modus, qui est compositionis, *vt l. nihil tam naturale. ff. de regulis iuris.* Videamus ergo an ista duo tollant stipulationem. & certum est, quod Velleianum vel Macedonianum senatusconsultum non tollit per se stipulationem ipso iure, nec intendit tollere; sed dicit à prætore

non esse dandam actionem, *vt patet in edicto Vel. & leg. si mulier contra. la. seconda. & leg. quidam. ad Vel.* deficit ergo intentio & dispositio ista. item pactum de non petendo per se non potest tollere, *vt in leg. nostra.* Ratio quia non interueniunt ea ad resolutionem quæ interuenere ad formandum contractum. ergo nec resoluetur. Præterea certum est, quod Velleianum non tollit, nec pactum potest tollere, quia est facti; & factum ius tollere non potest, *vt in l. nostra.* At si dixeris quod ista duo simul iuncta id operantur, ego nego: quia etiam si simul iungantur, non coacervatur materia apta ad resolutionem contractus præcedentis. Constat enim quod nec Velleianum, nec pactum siue iunctim, siue separatim habent materiam sufficientem ad resolutionem naturalem, quod & si sit negatiuum, tamen ego probo satis subtili ratione. Certum est quod Velleianum senatusconsultum ipso iure resoluere posset stipulationis obligationem, quia ius est ciuil. *§. quos autem. Instit. de bonor. possess.* sed non resoluit, ergo non ex impotentia sed ex defectu intentionis id omittit. iungas ergo pactum cum senatusconsulto, & ex parte senatus deficit intentio ad resolutionem contractus, ergo non debet operari talem resolutionem vltra intentionem suam, *vt leg. non omnis. infr. si certat. petatur.* itaque ex vno latere deficit intentio, quo fit vt coniunctio nihil operetur. quia pactum tolleret stipulationem

præter

Digitized by Google

præter ſenatuſconſult. & non ſocio ſenatuſconſult. & de hoc eſt text. expreſſus *l. 3. §. nunc de effectu. de lib. leg.* vbi liberatione legata, datur exceptio ipſi legatario. per pactum verò ipſo iure non liberatur, niſi fiat liberatio acceptilatione. *de hoc ſatis latè in dicta leg. legitima.* vbi in terminis fortioribus tenui, quod etiam ſi aliàs lege fuiſſet ipſo iure debitum, & id pacto deduceretur, non propterea pactum pariebat actionem, vt ibi. ¶ Quarta † limitatio eſt, 3
quando reus principalis eſſet tantùm naturaliter obligatus, quia tunc per pactum de non petendo tollitur naturalis obligatio. item tollitur ciuilis fideiuſſoria, quæ naturali accedebat. *vt lege prima, ff. de fideiuſſ. & de hoc eſt caſus in ſua ratione. in leg. & poſt rem. §. 1. infra titulo proxim. & ibi Guiliel. de Cu.* ¶ Subtilius tamen conſidera, quod hæc non eſt limitatio, quia non eſt verum, quod pactum tollat ſtipulationem vel actionem, ſed pactum tollit naturalem obligationem, nec ciuilem tollere poteſt, quia pactum eſt facti, & factum non poteſt tollere ius. nec obſtat quod in iſto caſu euaneſcat ciuilis: cuius ratio eſt, quia pactum potuit tollere naturalem. *vt lege Stichum. §. naturalis. ff. de ſolutio.* & ab ipſa naturali pendebat, & ei accedebat. *vt Inſtitut. de fideiuſſor. poſt principium*: qua ſublata, neceſſe eſt quod euaneſcat: itaque ciuilis ibi reſoluitur cauſatiuè, non tamen directa potentia ¶ Quinta limitatio eſt, quod licet

pactum [a] de non petendo non possit tollere ipso iure actionem, tamen potest impedire eam. *text. est in l. rogasti. §. si tibi. si certum petatur & ibi Bald. Paulus & Alexand. & Alexand. hic in quarto notabili, facit regula l. patre furioso. sup. de his qui sunt sui vel alieni iuris, & cap. quemadmodum de iureiurando.* nam turpius eiicitur quam non admittitur hospes. ¶ Attende tamen, quod in his arguitur voluntas cumulandi limitationes, & ipsæ non probantur: nam ex hoc non limitatur nostra regula, quæ habet, quod pactum de non petendo non tollit obligationem ciuilem. Cum ergo regula loquatur in tollenda actione, non recte limitatur in impedienda vt non oriatur, cuius ratione meli-
4 us † fecissent moderni, si declarassent quæ talis est: quia adiecto incontinenti pacto de nõ petendo, deficit voluntas obligandi, ergo nõ obligabitur. *l. non omnis. si certum petatur. & l. obligationum substantia. de oblig. & actio.* finge, quod 10. dedi tibi, vt mihi nouem debeas, certe nõ debentur nisi nouem: nec actio vel obligatio oritur ipso iure, nisi ad nouem. Ratio est, quia voluntas contrahentium non est nisi ad obligationem in nouem, vnde amplius nõ est obligatio, *sic loquitur text. in l. rogasti in §. si tibi.* Postquam hæc scripsi, reuolui codicem Iaso. ad dictũ §. si tibi. vbi ipse tenet hanc rationẽ, quam pro noua & singulari illa die, in scholis se publicasse refert, quasi ex hoc egregiã subtilitatis laudẽ sibi acquisierit: sed qui habẽt mẽtem instru-

a Adde quod pactũ de non petendo de- [illegible] liqui- [illegible]pit do [illegible] & [illegible] etni- [illegible] continua- [illegible] est de [illegible] ma- gna not. doc. in l. cõtra iuris §. fin. isto in Angel. & Paul. leg. tale pactũ co. tit. not. in l. tut. ff. de iureiur. & in l. si quis obligatione, & ibi Alexa. de regul. iur. Bal. in l. il- lud. Cod. de sac. san. eccl. Ang. in l. Ne- sennius. §. seruo. ff. ad legem falci. Alex. in l. Si mulier. ff. de cod. ob caus. Bal. in l. 1. C. de bonis mater.

Digitized by Google

instructam ipsa iurisprudētia, hæc & his similia, ex prima & facili inspectione legum præsentiunt. Item id ponderes, quod ille §. nō loquitur in pacto de non petendo, sed quando tibi decē dedi sic vt nouem debeas. Si tamen semel mutuū fuisset factum de decem, etiam si fuisset de petendo tantùm nouem pactum incontinenti appositum, credo quòd tale pactum nō impediat ortū obligationis, sed eam verè tollit ratio, quia non inest verè. *l. lecta. ʃ. si certum pet. & ibi Bar. & cæteri.* sed fingitur inesse, ergo vere tollit, vnde hæc esset subtilior limitatio quàm do. Ias. Sed adhuc considera, quod inquantum inest, non differt ab eodem contractu, *vt dixi in l. iurisgentium. §. quinimo. sup. eod. in princip. de quo ibi.* ¶ Vltimò limitat dom. Ias. quòd licèt pactum de non petendo de per se non possit extinguere ipsam obligationem, si tamen iungatur cū sententia absolutoria eam extinguit iunctim cum ipsa sententia, vt tenet inferius Bartol. & videbimus super glo. Data tamen vera ista opinione, non est recta limitatio, ratio, quia pactum de non petendo tollit naturalem obligationem, nec ciuilem tollere potest, sed ipsa sententia absolutoria tollit ciuilem, quia a iure ciuili vires habet, ita ꝙ ad † tollendā actionem vel obligationem ciuilem non agit, nec est sufficiens pactum de non petēdo: Nec ad tollendam naturalem agit sententia, *vt l. Iulianus verum debitorem. ʃ. de cond. inde. de hoc inferius.* ¶ Nunc contra omnes 5

ſex limitationes oppono de *leg. ſi tibi. §. de pignore. ſup. eod.* ſecundum quartum intellectum Bal. quem approbat Paulus & ipſemet Iaſon, vbi ſecundum eos eſt text. quòd etiam in caſibus, in quibus pactum poteſt diſſoluere obligationem, pactum tamen de non petẽdo non eſt ſufficiens ad tollendam obligationem ipſo iure, ſed ope exceptionis. Finge, quòd conuenimus de pignore, certè talis conuentio contraria conuentione diſſoluitur: quia nihil tam naturale, &c. ſed ſi pactum fiat de non petendo pignus, non reſoluetur propterea ipſo iure pignoratitia actio, ſed ope exceptionis: ita dicit tex. ſecundum eorum intellectum. quod etiam ratione comprobatur: nam petere eſt effectus ipſius obligationis & actionis: obligatio enim eſt iuris vinculum, & ex eo oritur ius perſequendi, & ex hoc iure poſtea petimus. Itaque petitio eſt effectus actionis, & diſiungitur ab ea, quia actio ab initio eſt orta, tamen petitio non eſt in eſſe deducta, antequam petatur. ſed clarum eſt, quòd ex eo, quòd tollatur effectus obligationis vel actionis, ipſa non tollitur, vt patet in Velleian. & Macedo. & Trebellia. & quaſi in omnibus caſibus, in quibus datur exceptio, quæ tollit effectũ obligationis, tamen præſupponit eam: ergo ex eo, quòd ego promittam non petere, non intendo reſoluere, nec diſſoluo obligationem: & ita tenet etiam ipſe Bartol *in l. 1. in penulti. & antepenultim. colum. ante finem, infr. de condi.*

Obligationis effectus petere.

Digitized by Google

condi.indebit.facit text. l.amplius.ff.rem ratam habe. vbi per obligationem amplius non petere, non tollitur prima obligatio. certè dubitabilis est punctus, maximè quia ex hoc sequitur, quòd pactum de non petendo non tollat naturalem obligationem, de quo infrà. ¶ Id tamen erit verum, quòd si intellectus ille stat ad l.si tibi.§.de pignore, non possunt stare limitationes: nec obstant iura in eis allegata, quia non loquuntur in pacto de non petendo, sed in conuentione liberatoria. ¶ Noto
secundò, † quòd licèt per stipulationem no- 6
uari possit ipso iure præcedens obligatio, si hoc agitur, *vt in nostro text. & l.2. infra, de nouatio.* tamen non potest fieri id per pactum. Contra textum nostrum primò oppono de l.*fin. C. de nouat.* vbi est necesse, quòd id agatur expressè & specialiter vt stipulatio nouetur, aliàs ipso iure non censetur facta nouatio. Responsio est facilis, quòd id est introductum de iure
nouo, vt ad id expressè agatur: de iure † ta- 7
men antiquo præsumebatur nouatio. & ita loquitur lex nostra cum similib. Id ergo considera, quòd tam de iure antiquo, quàm de nouo, necesse est, vt de nouando agatur, vt nouetur: ratio, quia animus & intentio nouandi, est essentialis in nouatione, prout in aliis contractib. vt patet in nostro tex. qui etiam de iure florũ exigit, vt ad id agatur. Sed in hoc stat differentia, quòd iure florum pręsumebatur nouatio, sed iure Iustin. cauet, vt expressè

agatur

agatur de nouando, vt censeatur nouatio. ¶ Contra superiora & contra text.op. *de ea.l.fi.* vbi dicit Imperator, se generaliter diffinire voluntate, non lege nouandum, & ideo expressa requiritur nouandi voluntas. vnde ex sensu illius text. colligitur, quòd antiquitus lege nouabatur, non voluntate nouandi contra tex.nostrum. ¶ Responde, quòd lege scilicet interpretante volũtatem nouabatur antiquitus: hodie verò expressa requiritur voluntas, in qua legis interpretatio locum non habet. ¶ Vnde ex illo text. & ex nostro nota, quòd voluntas præsumpta legalis dicitur, & tacitum pactum poterit dici pactũ legis: nam in nostro textu dicitur, quòd est necesse, vt de nouando agatur: ergo pactum est necessariũ, quia omnis duorum voluntas dicitur pactum, *vt l.1.in diffinitione.& §.adeo sup.eodem.* sed ista tacita nouatio legis, *vt in dicta l.fi.* ergo pactum tacitum erit pactum legis. Vnde lex illa iuncta ista, maximum sibi tribuisset honorem inter summos nostræ ætatis viros in disceptatione, quæ in isto anno, in circulis fuit habita, & vt recordor ego tunc dixisse, illa summa discordia concordari poterat, nisi magna alteri alterum fuisset impugnandi voluntas. Est ergo
8 pactum † legis, id est à lege interpretatum ex ipsis coniecturis, vt intelligit glo. *in dicta l.fina.* lex enim siue præsumat, siue fingat, semper præsupponit partes ita conuenisse, & ideo, quia fingit vel præsumit & interpretatur, dicitur

Digitized by Google

citur pactum legis. Sed si nos consideramus causam efficientem,in ipso facto, non est lex: sed partes ipsæ:siue fictæ, siue interpretatiuæ: quia pactum,prout est conuentio,est facti,& nihil habet iuris,*vt in l.nostra.* Vnde isto sensu non potest dici pactum legis: Finge mutũ pacisci,qui taciturnitate paciscitur. Item in nostra nouatione, necesse est vt id agatur inter partes:ergo nõ erit pactum legis,sed quia ipsa interpretatur, appellari potest legis pactum. At si dixeris, quòd etiam in nouatione interpretata potest esse, quòd partes non habuerint animum nouandi: quia contra præsumptionem potest esse veritas, *vt in c.is qui fidem.de spon.* Ergo tum erit vel nouatio legis,qa partes nihil agunt. Respondeo, quòd attenta legis præsumptione, nõ veritas in cõtrarium: imo ipsa pręsumptio præsupponit sociam sibi veritatem. *vt notat. l.nõ est verisimile.& ibi Bar.ff. quod me.cau.* vnde lex non vult pactum facere, sed interpretari tantùm. Itaque quo ad legis intentionem,semper pactum fit à partibus.*de his dixi in l.item quia sup. eod.* ¶ Sed † contra superiora oppono de notatis *in l. pacta nouissima. C.isto titul.in gloss.1 quam ibi ad hoc notauit Riminal. modernus.*quod id quod dicitur *in l fina. C.de nouationibus.* non habeat locum in stipulationibus contrariis, in quibus causatur nouatio ipso iure, etiam si non exprimatur. Vnde cum tex. noster loquatur in stipulationibus cõtrariis,vel potius incõpatibilib.dicendũ est, non exigi 9

contra Præsumptionem potest esse veritas.

exigi vt expreſsè agatur, quod eſt contra ſuperiora, & contra gl. *hic in verbo ſtipulatio*. cum qua omnes tranſeunt. Item pro illa opinione facit ratio tex. *in d. l. fina.* quæ dicit, quòd tam prior, quàm poſterior ſtipulatio manebit, & ex vtraque agetur, niſi expreſsè renouetur. ſed in caſu noſtro vtraq; remanere non poterit: quia inuicem non compatiuntur: ergo neceſſariò erit nouatio. Cùm enim ſint incompatibilia, neceſſe eſt, ꝙ vna tantũ maneat, & aliã nouet, vt in Aquiliana ſtipulatiõe. *l. Aquiliana.* j. *ti. pxi.* ſed hoc debet verum intelligi videri meo, qñ talis eſt ſtipulatio ſecunda, quæ habeat in ſe

Communis opinio.

10 obligationẽ vt in l. Aquiliana. ſi tamen † eſſet omnimodo liberatoria vt acceptilatio, tunc non eſt nouatio, quia non eſt transfuſio vnius obligationis ad aliã, *vt l. 1. ff. de noua.* ſed eſt vera reſolutio, *vt in §. 1. Inſtit. quibus modis toll. oblig.* ſed pro glo. noſtra facit vltra id quod doctor. eam approbant, ponderatio legis noſtræ: quia videmus quòd hîc ſtipulationes ſunt contrariæ. probatur per pacta, quorum primum erat de non petendo, ſic ergo in ſtipulationibus vna debet eſſe contraria alteri, vt ſint termini. Sed videmus, quòd ad hoc, vt tollatur, neceſſe eſt vt id agatur: ergo ipſo facto non cenſetur id actum. & nota, pulchra eſt ponderatio, ex qua ſequitur, quòd etiam in ſtipulationibus incompatibilibus eo ipſo prima ſtipulatio non tollitur, per ſecundam, non ſi de tollenda ea agatur. certè iſta concluſio non videtur vera, quia

quia ſtipulatio per cōtrariam ſtipulationem neceſſariò tollitur ipſa regula naturali, qua cauſatur eodem modo reſolutio, quo ipſa obligatio, *vt l. nihil. de regulis iuris. & leg. Stichum. §. naturalis. de ſolu.* vnde hoc ipſo, quòd ſecundam facimus ſtipulationem primæ incompatibilem, ſi ſecunda valet, neceſſe eſt, quòd prima tollatur, & quòd de ea tollenda agatur. Quid tamen reſpōdebimus ad leg. noſtram? dic, quòd dum lex noſtra dicit, *ſi hoc actum eſt.* loquitur de obligatione, quæ de ſe non eſt incompatibilis cum prima, ſed quia hoc agitur, vt nouetur, prima obligatio tollitur per ſtipulationem, vt puta, ſi alia fuit perſona in ſecunda obligatione, vel alia res: tunc ſi agitur de nouando, tollitur prima obligatio. & quod non eſt verum in pactis, quia etiam ſi pacta ſint incompatibilia, non propterea vnum per aliud tollitur: ſed ſi dixeris quòd non ſunt pares termini; imo ſunt, quia cùm agitur de nouando, agitur neceſſariò de tollenda prima, *vt l. 1. de noua.* ſicut in pacto de petendo agitur de tollendo pacto de non petēdo, nihilominus tolli non poteſt, cùm ſit facti, & in facto conſiſtat, & ita intelligas legem noſtram.

¶ Tertiò † noto, ꝙ in ſtipulatione ius verſatur, 11
in pactis verò verſatur factum. Primò declaro ius in ſtipulatione: ſecundò veniam ad factū pacti. Igitur in ſtipulationib. verſatur ius dupliciter: vno modo in forma tradita ad ſtipulationē, in qua à iure ciuili eſt introductū, vt præ-

de solu. Item est iuris ciuilis, quia prætor dicit se seruaturum pacta, & ius prætorium est pars iuris ciuilis, *vt l ius autem ciuile. su. de iusti. & iure.*

¶ Primò † respondeo ad ius naturale & gentium. & fateor, quid iure naturali & gentium pacta sunt seruanda: quia ipsa æquitas naturalis edocet, ea seruare, *vt in l. 1. sup. eod.* & ex cõprobatione iuris naturalis oritur eiusdem iuris obligatio, *vt in §. per traditionem Institu. de rerum diuis.* vnde verum est, pactum habere in se ius naturale, nec hoc negari potest: sed tex. noster loquitur de iure ciuili, non enim considerat ius naturale, nec id ius pro iure habet: cùm non habeat efficaciam necessariam. Hoc concluditur ex rationibus superioribus, & comprobatur *per l. nec seruus. inf. de pecu.* vbi dicebat Vlpianus, quòd nec seruus quidquā debere potest, nec seruo potest deberi: sed cùm eo verbo abutimur, factum magis demōstramus, quàm ad ius ciuile referimus. Hæc sunt verba Iuriscōsulti, ex quibus facilè colligitur ius ciuile solùm pro iure reputari, cùm tantū ea, quæ iure ciuili aut approbata, aut confirmata erant: inter ipsos Romanos haberēt iuris efficaciam: & ideo pacta quæ in solis naturæ aut gentium terminis posita sunt, nō sunt iuris, id est iuris ciuilis, sed facti. facit sensus singularis Bart. in extrauag. ad reprimendam, in verbo, videbitur. in fine, vbi tenet, quòd si causa committitur de facto determināda, debet determinari secundū ius naturale, inspe-

13

Ius naturę apud Iurisconsultos pro iure non habetur.

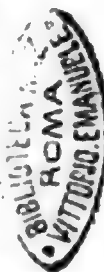
Singulare.

ratio substãtiæ stipulationis, ꝙ ipsa tota sit introducta à iure ciuili, & ꝙ sit verborũ obligatio, vt Bar. & cæteri considerabant. qa tantùm consideratur ius in ea cõtineri. quod pluribus causis verũ est in ipsa stipulatione, sed hoc tantùm sufficit, vt in se habeat ciuilem obliga. ad hoc, vt ipso iure tollatur, quod ostẽditur in aliis cõtractib. etiam naturalib. dum habeãt ciuilẽ, quia ipso iure tolluntur, *vt sup. & l. legitima. su. eo.* vbi ista ead. pacta, quæ cõsistunt in facto, si à iure ciuili fuerunt cõprobata, ipso iure tolli possunt. fateor tamen, ꝙ in stipulatione plures sint ciuiles causæ, & tñ vt dico non sunt simul necessariæ ad effectum text. nostri.
¶ Secũdò infero, † ꝙ appellatiõe iuris simpliciter prolati, nõ venit ius naturale aut gentiũ: 15
ita probatur ex text. nostro, qa etiã si in pacto ius naturale cõtineatur, tamen nõ propterea dicitur ius cõtineri. Hoc videtur cõfirmari *ex §. sed quotiens. Inst. de iu. nat. gen. & ciuili.* vbi dicit̃, quòd appellatione iuris simpliciter intelligitur ius ciuile. vnde inferebat do. Abb. *in rub. de consue. extra.* & dicit se subtiliter moueri ex d. §. sed quotiens. ꝙ vbi arbitriũ cõmittitur secundum ius determinandũ, nõ debet intelligi secundũ cõsuetudines vel statuta, sed secũdum ius cõe, id est secundum ius ciuile. eod. arg. vtitur Bal. *l. quicunque. in 4. col. C. de ser. fugit.* cùm statuto sit cautum, vt existẽtibus masculis fœminæ non succedãt ab intestato, sed docetur postea pater eas instituit in id quod debebant
 succe-

ſuccedere iure, dicit Bal. quòd intelligitur de iure communi per excellentiam. item idem in ſimili quæſtione tenuit Ioan. And. *in add. ad Spec. in tit. de arbit. §. excipitur. verſic. item quod eſt.* eodem argum. vtitur Pau. *in l. pen. ſup. de iuſtitia*
16 *& iure.* ¶ Ego † hîc non diſputo quæſtiones, ſed video quòd doctores malè vtuntur allegatione illius §. quia falſum eſt, quòd appellatione iuris ſimpliciter veniat ius ciuile: nec tex. ille hoc dicit: videmus enim, quòd potius ius eſt naturale, quàm ciuile. probatur per potentiam cuiuſcunque, quia ius ciuile facilius reſolui & tolli poteſt, ſecus tamen ius naturale. Iura enim naturalia diuina quadam prouidentia conſtituta ſemper firma remanent. §. *ſed naturalia. Inſtit. eod.* vnde eſt quòd proximius
Iuſtitia quid. eſt iuſtitiæ ius naturale, quàm ciuile. Iuſtitia enim eſt conſtans & perpetua voluntas, *vt patet in diffinitione l. iuſtitiam. ſup. de iuſtitia & iure.* at ius à iuſtitia dicitur, *vt l. 1. in princ. ſup. de iuſtit. & iure.* ¶ Præterea ſi ius ciuile contradicit naturali, nihil agitur, & nullum eſt, *vt in c. fin. de praeſ. iuncto c. fin. de conſu.* ergo ſequitur potius & validius eſſe ius naturale. Item probatur, quia omnis lex humana & ciuilis debet habere rationem à lege naturæ, vt tenẽt Theologi, maximè ſanctus Dom. *in 2. quæſt. 90. arti. 1.* item hoc probatur ex ordine ſpecierũ ipſius iuris, quia tanquam principalius ponitur, primò ius naturale, *vt Inſtit. de iure nat. gen. & ciui. & l. 1 ſup. de iuſt. & iu.* Quid ergo appellatione iuris cõprehende-

Omne Ius debet habere rationẽ à lege naturæ.

hendetur? ego credo quòd æquũ & bonum, quia ita ius definitur, *vt l. 1. su. al.* quod ius habet plures species, scilicet naturale gentium & ciuile, & iuris ciuilis plures sunt species. est enim scriptum & non scriptum. *in §. constat. Inst. eod.* vnde appellatione iuris, simpliciter omne ius continetur: quia sub iuris appellatione omnia comprehenduntur. At si iurium repugnantia datur, tunc validius obseruabitur, & ita ego determinarem quæstiones. ❡ Non obstat textus *in § sed quoties. su. al.* quia ille tex. non dicit, quòd appellatione iuris, simpliciter veniat ius ciuile Romanorum (prout vulgo passim falsò traditur:) sed loquitur in iure ciuili, nam quoties de iure ciuili loquimur, nec addimus nomen ciuitatis, tũc de iure ciuili Romanorum intelligimus: ita debes intelligere legem, quem intellectũ facile colliges ex eo §. vbi dicitur: sed ius quidem ciuile ex quacunque ciuitate appellatur, veluti Atheniẽsium, sed quotiens nõ addimus nomen, cuius sit ciuitatis, nostrum ius significamus: ita dicit Imperator. ❡ Non obstat text. noster qui fortis est cum suis concord. nam dic quod loquitur in iure ciuili: vnde intantum considerat ius, inquantum ab eo fuerit approbatum: quia ex approbatione vel introductione iuris ciuilis, ius oritur ciuile: proinde quoad ipsum ius ciuile, omne aliud ius dicitur factum, & nõ ius: quia si aliqua sunt iura naturalia aut gentium, quæ non sunt recepta à populo Romano, in



eodem populo non habent iuris ciuilis efficaciam. Vnde id non propriè ius appellãt, sed factum, *vt in l. nostra. & l. nec seruus. & in dicta l. fideiussor obligari. §. fideiussor.* Ad propositum ergo, si in aliqua ciuitate ius tantùm ciuile habet efficaciam, tunc cùm de iure loquimur, de eo iure efficaci intelligimus: sed † si nos lo-
7 quimur in ciuitate, quæ iure canonico regitur: tunc certè ius gentium & naturæ includitur iuris appellatione: ratio, quia omne ius naturæ aut gentium iure canonico habet efficaciam, *vt in dicto cap. fina. de consuetudine. & cap. filius noster. de testamen.* vbi nos in lege Dei, non autem lege huius seculi viuimus. at lex Dei eadem est cum lege naturę, *vt in §. in l. 6. distinct. & in cap. sana. 9. distinct.* Nihil enim morale à lege Dei præcipitur quod non sit naturale: nec aliquid à naturali ratione constat, quod non sit diuinum, quo fit vt ius naturale sæpe diuinum appelletur, cuius trãsgressio periculum salutis inducit. Ergo obseruabitur canonico iure, *vt in c. fin. su. al. & in c. nouit. de iudi. & in c. vt animarum. de constit. lib. 6.* ita quòd ex diuersa obseruantia, diuersó modo iuris nomen interpretabitur. Vnde cùm apud Venetos ius non scriptum tantùm obseruetur, vt refert Ange. *in §. sed ius quidem. Insti. eo.* iuris appellatio specialem haberet interpretationẽ, *vt habetur in l. nostra.*

Morale nihil à lege Dei præcipitur, quod non sit naturale.

¶ Item ego crederem, quòd si inter iurisperitos de iure & iustitia disputaretur, tũc omnes iuris species includerentur, *vt in ea. l. 1. de iustitia & iu-*

& iure. at cùm vera iuris peritia cõsistat in discernendo, æquum ab iniquo, *vt in ea. l. 1. in prin.* & ius naturale nihil sit nisi ipsa æquitas vera & naturalis, *vt l. ius pluribus. eod. tit. & c. ius naturale. 1. distin.* id quod iure naturali determinaretur, id verè iustum esset, proinde ego satis planè concludebam, legem Hispani regis iustissimi iustiorem esse, qua ex pacto nudo ministratur actio, quàm Romanorum instituta, quæ eam negabant, de quo satis latè *in c. 1. isto tit. vbi vi.* si de aliis quæstionib. velis videre, vide moder. Papi. *in l. omnes populi in 1. lect.* ff. *de iust. & iur. in pri. & 2. col.* qui innumerabilia doctorum nomina referunt, quasi in his cõsisteret aliqua doctrina aut veritatis cognitio. sed in illis quęstionibus ex superiorib. habebis rectã introductionem. Tertiò † ex superiorib. infero mirabilem cõclusionem, de qua ego non miror, sed mirabũtur qui ignotis principiis & causis rerum vera non eliciunt, scilicet quod pactũ per pactum contrarium ipso iure tollitur. Hanc cõlusionem taliter probo: certum est, quod ius naturale est ius. est enim iuris species, idem dicendũ de iure gentiũ, *vt l. 1. ff. de iust. & iu.* Item pacta iurę natural. & gentiũ valent. *vt l. 1. ff. eod.* & in pactis inest necessariò naturalis obligatio: quia inest æquitas, *vt l. 1. ff. eo. in princ.* & æquitas est fundamentũ obligationis nr̃alis, *vt l. Stichũ. §. naturalis ff. de sol.* ergo in pacto inest obligatio naturalis. pone itaq; pactũ contrarium postea factũ, certè omnę ius nr̃ale & gentiũ primi pacti tollitur: 18

In Hispania ex nudo pacto datur actio.

In Allegationibus multis nulla cõsistit doctrina.

quia contraria æquitate resoluitur obligatio naturalis, *vt in ead. l. Stichum. §. naturalis. sup. eod.* vbi id expressè probatur: vnde verũ est, ꝙ id ius quod est in primo pacto, ipso iure naturali & naturaliter resoluitur, *vt l. nihil. ĩ. de reg. iuris.* prout ius stipulationis ipso iure contrario ciuili tollitur, itaque in hoc nulla est differẽtia, sed differentia nostri tex. est, quo ad ius ciuile tantùm: quia cùm pactum eius iuris nihil habeat, ipso eodem tolli non potest. secus est in stipulatione, quæ cùm habeat ius ciuile, eo, iure ciuili resoluitur. Item hoc animaduertas, quòd etiã stipulatio potest dici facti, inquantum interrogationis & respõsionis factũ continet, vel inquantum continet consensum, *vt l. consilio de cura. fu ff. Bar. l. 5. §. stipulatio. ĩ. de verbo. oblig.* & isto modo non potest tolli, *vt l. in bello. §. facti. de cap. & postli. re.* & isto modo non differt pactum à stipulatione, sed in iure quod resultat ex illo facto differt, & ista differentia, vt dixi, stat, quo ad ius ciuile, non quo ad naturale vel gẽtium. Nam eadẽ ratio resolutionis quæ est in stipulatione quo ad ius ciuile, eadem est in pacto quo ad ius naturale. Et ita resoluebã, cùm Romę mihi publicè disputanti excellentissimus quidam doctor & aduocatus cõsistorialis subtiliter resisteret. ¶ Quartò ex superioribus infero singularem & nouam cõclusionem, quod tex. noster de iure canonico nõ procedat, imo de iure canonico erit verum, ꝙ pactum de petendo ipso iure tollat pactum de

Singulare.

non

Digitized by Google

non petendo prius factum. quia in pactis cõtinetur ius canonicum, nam iure canonico ipso iure valēt: vnde ipso iure resolui possunt, quod exemplo iuris ciuilis probatur. Nam emptio & locatio sunt contractus iurisgentium, sed quia approbantur à iure ciuili, ideo ipso iure ciuili etiam resoluuntur. *vt in §. fi. Insti. quibus mod. tollitur obli. & in d. l. nihil.* nam obligatio naturalis cõtraria obligatione dissoluitur, & ciuilis contraria ciuili: vnde ipso iure causatur resolutio, *vt Bartol. recte docet in nostro §. in 4. col. in fine.* eodem modo ergo pacta confirmata à iure canonico, quia obligatio naturalis canonica tollitur à naturali contraria canonica. an autem per pactum ipso iure tollatur stipulatio de iure canonico, forsan dicam *in ca. 1. eod. tit.* ¶ Contra tex. nostrum vltra gl. op. certum est, quod exceptio ipso iure oritur ex pactis, *vt l. iurisgentium. §. igitur nuda. supr. eod.* ergo ipso iure tollitur per contrarium pactum, cuius contrarium dicitur in nostro §. præterea exceptio est ius, ergo resoluetur ipso iure per tex. nostrum contra eundẽ. Antecedens probatur per tex. §. *1. Inst. de repli.* vbi dicitur quod replicatione resoluitur ius exceptionis, ergo exceptio iuris est, horum resolutionem videbimus in gloss. in verbo in pactis. ¶ Venio ad glo. & est glo. magna in verbo ipso iure, quam diuide in tres partes, prima enim continet oppositionem & solutionem multiformem, & durat vsque ad versicu. si obiiciatur: & ibi est Glossarum explicatio.

ſecunda pars, in qua gloſ. format aliam opp. & ſoluit duobus modis, & durat vſque ad verſi. porro. vbi incipit pars tertia, quæ reſpondet primo tacitæ obiectioni, deinde narrat effectus pacti de non petendo, & effectus pacti de petendo. ¶ Redeo ad primam partem, quæ opponit de *l. Stichū. §. naturalis. ff. de sol.* vbi naturalis obligatio ipſo iure tollitur pacto. Gl. ponit quinq; ſolutiones, quarū tres priores reprehendit. prima eſt, quod in l. Stichum. §. naturalis, tollitur naturalis iuncta cum ciuili, ſecus ſi ſola eſſet naturalis: nam ipſo iure ſola naturalis tolli non poteſt. Hanc ergo ſolutionem tam gl. quam cæteri omnes reprehēdunt, quia etiam ſola naturalis contraria conuentione tollitur *l. fin. in princip. ff. de iureiurand.*

19 ¶ Sed † ego credo, quod glo. ſolutio poſſit eſſe vera in terminis noſtri text. & præſuppono quod cum pactum ius non habeat, iure non poteſt tolli: ergo cum ipſo iure ibi tollatur, neceſſe eſt quod pactum præcedens ius habeat. aliàs ex ſententia noſtri tex. iure non poteſt tolli: ergo illud pactum quod ibi ipſo iure tollitur, erat iure approbatum. Item hoc cōfirmatur ex verbis text. illius. dicit enim iuſto pacto, ipſo iure tolli: cum ergo pactum ſit iuſtum: ius habet, ſed in noſtra l. non habet ius, ſed factum. vnde cum pactum iuſtum tollat ipſo iure aliud pactum præcedens, dicendum eſt prius pactum etiam iuſtum fuiſſe, id eſt legitimū, *vt l. legitima. ff. eo.* & pacta iuſta vel legitima

tima ipso iure pariunt actioné vel tollunt eã, *vt in eadem l. legitima.* Nec iste intellectus te exasperet: nã ego non fui primus inuentor. Vidi enim similem omnino. *l. tale pactum. §. qui prouocauit.* ͠j. *isto tit.* quem tradidit ibi Bart. 2. colu. vbi pactum de parendo sententiæ dicitur iustum, & ideo dicit Bar. habere efficaciam, quia pacta iusta habét producere actionem, & sunt legitima. *vt l. legitima.* & dicit ibi Ang. istum intellectum esse singularem & pulchrum. Eundem approbat Ioa. de Imo. *l. à diuo Pio. in prin. de re iud.* vbi talem intellectum commendat, & eum ibi sequitur dom. Alex. & si commendationes huius intellectus velis videre, vide do. Ias. *in d. §. qui prouocauit. 1. col.* vbi dicit eum mirabilem, singularem & literis cógruentem. si ergo tantum talis intellectus ibi commédatur, quare hic reprobabitur? certè defendi potest. Nec obstat lex. fin. quia fateor ꝙ sola naturalis contraria conuentione tollitur, sed non ipso iure ciuili: ratio est, quia tale pactum primum nihil habet iuris ciuilis, vt tenet Bar. *l. ex hoc iure. 5. col. in medio su. de iust. & iure.* vnde ipso iure tolli nó potest, quia ius pro iure ciuili sumitur, *vt patet in l. nostra. & l. nec seruus.* ͠j. *de pec & superius declaraui.* ¶ Fateor tñ ꝙ ille tex. aliter & congruenter possit intelligi. s. vt naturalis obligatio primi pacti alio pacto ipso iure tollat̃, & tunc intelligo ipso iure. s. naturali, quod tamen ius pro iure in nostro text. nó sumitur, & iste intellectus cógruit illationi, q̃ facit ibi tex. quia

Singulare.

quia omnino videtur conformare casus ille cum casu dictæ l. si. & si intelligas in pacto nudo resolutorio, dic pactum esse iustum à iure naturali, non à iure ciuili vt su. docui. vnde cõstat id quod su. tenui quod pactum primũ per secundum ipso iure tollitur. ¶ In tertia solutione quam eadem gloss. reprobat concludit
20 ipsa, quod † naturalis obligatio ciuili iũcta nõ est eadem substantia. hanc gl. communiter approbant doctores, & Bart. eam defendit. constat enim diuersam esse, quia si facerent vnum totum tãquam partes integrales, sequeretur quod vna parte subducta impossibile esset remanere effectum totius. *l. qui res. §. aream.* ÿ. *de sol.* sed text. dicit quod tollitur naturalis, reremanet ciuilis elisa vt hîc. ergo possunt separari, quod etiam probatur satis clare *l. Iulia.* ÿ. *de condi. indebiti.* vbi sublata ciuili remanet naturalis, ergo non est vna in substantia. & ita vera sentit gl. nostra. Stat † tamen contraria gl.
21 quam communiter sequuntur doct. *in pr. Insti. de obli.* vbi dicitur quod obligatio est iuris vinculum secundum nostræ ciuitatis iura. loquitur ergo de ciuili obligatione, ex eo quod dicit, secundum nostræ ciuitatis iura. Itẽ loquitur de naturali, cum subiungit: quo necessitate astringimur alicuius soluendæ rei. nam si nõ esset naturaliter obligatus, obstaret exceptio vt patet in oblig. literarum. ÿ. biennium. *& probatur. leg. 3. §. si quis constituerit.* ÿ. *de const. pec.* ergo etiam de naturali loquitur, cum sine naturali

Communis opinio.

turali non detur necessitas ad solutionem. ¶ Bart. respondet ad ar. & dicit, quod ibi non naturalis & ciuilis iuncta definitur, sed ciuilis sola. & quod gl. ibi dicit de ciuili vna cum naturali, debet intelligi isti modo, sc. quod ciuilis ponit necessitatem soluendi, & generat actionem cum naturali tamen. prout materialiter dicimus pater generat filium, sed intelligitur cum matre. ita eo. modo obligatio parit actionem, *vt l. licet. §. ea obligatio. ℑ. de procur.* sed ciuilis generat & roborat eam, *vt Instit. de oblig. in princ. & l. legitima. supr. eod.* sed non sequitur ex hoc, quod eædem obligationes sint vna, prout nec sequitur, quod pater & mater sint vna res: imo sunt duæ res inuicem differētes. Sic ergo diffinitur ciuilis obligatio cum naturali, sed non est vna cum ea. Hæc sunt verba Bart. quæ communiter approbantur, quo ad conclusionem principalem fateor communem, ꝙ ciuilis & naturalis non sunt vna substantia, prout corpus & anima faciunt vnam substantiam, sc. hominem, sed quomodo causatur ciuilis & naturalis inferius ostendã. ¶ In quantum tamen Bar. dicit ciuilem diffiniri cũ naturali, ego ab hac opinione dissideo. Item eodem modo nego, quod naturalis pariat actionem ciuilem. sed ciuilis parit eam: falsum ergo erit, quod ciuilis se habet vt genitor & naturalis vt genitrix. Et vt à causis vera notitia nobis constet, vt inquit phi. considerandum est quomodo causatur obligatio † ciuilis, 22

Communis opinio.

lis,& quomodo naturalis:& quidem videmus ortum naturalis obligationis causari ab ipsa æquitate naturali: vbicunque enim aliquid ęquum est fieri, ibi ad id fiendum inest obligatio naturalis, *vt in d. leg. Stichum. §. naturalis.* vbi per resolutionem cognoscitur veram causam obligationis naturalis esse ipsam æquitatem, quia (ea resoluta) probatur resolutam obligationem naturalem. *patet etiam leg. 1. supra eod. in in princip. & in §. per traditionem. Institut. de rerum diuision.* vbi hoc colliges ex mente legis, quod vbicunq; naturali ratione aliquid cõfirmatur vel ratum haberi debet, inest vinculum naturale. Eodem ergo modo introducitur obligatio ciuilis: nam si ius ciuile ratum habet aut quidquam confirmet, ibidem inest obligatio ciuilis, *vt l. legitima. sup. eod.* item si ius ciuile aliquid introducit, vt puta stipulationem: certe habet calorem & efficaciam ciuilem. idem si prohibet vel præcipiat vel permittat, *vt l. obligamur. de oblig. & actio. ij. de quo vide Bart. leg. 1. infr.*
23 *de condi. ex leg.* ¶ His † cognitis, considera quod ius ciuile multa rata habet & confirmat quæ quidem non habent in se æquitatem naturalem: ergo ibi causatur obligatio ciuilis sine naturali. probatur antecedens *ex leg. Iulian. verum debitorem. de condi. indebiti.* vbi naturaliter obligatus absoluitur, & illa absolutio habet vinculũ ciuile, vel cõtrario naturaliter absoluendus cõdemnatur. Item ea, q̃ metu vi vel dolo fiunt, non habentur rata æquitate naturali, tamen

tamen habentur rata iure ciuili contra naturalem æquitatem, *vt l. 1. de doli excep. & l. eleganter. in pri. iuncta l. 1. ff. de dolo. & l. 1. quod metus causa. ff.* ergo ciuilis stat sine naturali. vnde cum sit necesse, quod omnis ciuilis obligatio definiatur in illa definitione, quia aliàs non esset bona definitio, vt dicebat Labeo. *l. 1. §. 1. ff. de dolo.* necesse igitur erit, quod ibi naturalis non requiratur ad essentiam & definitionem obligationis. ¶ Item superiora confirmantur ex his quę fatetur Bar. *l. si quis pro emptore. in fictione priuatiua. 15. col. ff. de vsucap.* vbi ipse declarat quomodo ex obligatione dolo vel metu facta oriatur actio, & dicit quia contractus inspecta sui forma habet omnia essentialia, vnde causatur obligatio & actio: habet enim contractus interrogationem, & responsionem, & rem, & personas contrahentes habiles: ergo orietur obligatio, nec impeditur ex metu vel dolo, quod est quid extrinsecum. ita dicit ipse. ¶ Sed † ego 24
considero quod metus vel dolus impedit ortum obligationis naturalis: ratio, quia æquitate naturali, quæ metu vel dolo fiunt, non sunt obseruanda, *vt in l. 1. quod metus causa. l. iurisgentium. §. prætor. ff. eod.* ergo de essentia obligationis ciuilis nõ est habere secum naturalem, proinde nec de definitione erit. ea namq; sunt de definitione, quæ sunt de essentia, cum ipsa demonstret quod quid sit, vt dicebat philosophus, *& notatur in l. omnis definitio. ff. de regul. iur.*
¶ Hic † sequitur, quod obligatio naturalis nõ 25
gene-

generat actionem, cum sine ipsa producatur: hoc etiam corroboratur tali arg. Genus enim verificatur in qualibet sua specie, *vt l. iurisgentium. §. sed si fraudandi. supr. eod. & l. 2. § cred. tum.*]. *si certum petatur & vbiq; Bart.* ergo illa obligatio in genere definita verificatur in species subdimissas: vnde cum in §. fin. eod. tit. diuidantur obligationes ex contractu, quæ nascuntur ex literis vel ex verbis, sequitur obligationem literarum inclusam esse in definitione, sed obligatio literarum nascitur ante biennium, & tamen naturalis post biennium, secundum opinionem gl. *in prin. Inst. de literarum ob.* quam communiter & Bart. & cæteri approbant, ergo definitur sola ciuilis. item ex ea ciuili nascitur actio. *vt Instit de verbor. oblig. in princ.* nam ex verborum obligatione nascuntur, sed verborum obligatio non est naturalis sed ciuilis: ergo ex ciuili nascuntur. Quod non sit naturalis, probatur, quia etiamsi sit verum in stipulatione inesse naturalem, si talis inest, nō est ex verbis, sed ex consensu, quia est conuentio, *vt l. 1. § adeo supr. eo.* ex quo constat, quod si ex verborum obligatione nascitur tanquam ex causa materiali; nō nascitur ex naturali obligatione, qa illa nō est verborū obligatio, sed est obligatio consensus, in quantū stipulatio habet duorū consensum. ¶ Ex his intelligo totam illam partem obligationū ex contractu, ꝙ cum ciuilis obligatio definiat: in species eadē diuiditur, & ex eadē definita nascuntur actiones, nec

Genus verificatur in sua qualibet specie.

Communis opinio.

nec naturalis est causa ad ortum actionũ. Hoc etiam cõprobatur ex diuisione obligationũ, quarum prima fuit à causa efficiente. secunda à causa materiali, ita tenet ibi Porcu, & rectè. à causa efficiente est prima. s. ꝙ omnes obligationes aut ciuiles sunt, aut prætoriæ. & sic vides ꝙ ius ciuile aut prætorium, est causa efficiens in obligationib. nõ ergo ius naturale: aut manca fuisset diuisio. Hinc ét intelligo aliter esse intelligendum Iurisconsl. *l. licet. §. ea obligatio.* ĵ *.de proc.* vbi ea obligatio quę inter dominum & procuratorẽ consistere solet, mandati actionem parit. Intelligunt communiter. vt Bar. ꝙ obligatio naturalis pariat. sed hoc est falsum per superiora. Imo ciuilis parit, & fuit de mente glos. ibi, cum dicit, nota quod obligatio parit actionem, *vt Inst. de verb. obl. in princ.* & hîc. at in institutionibus ciuilis parit, quia verb. obl. non est naturalis, sed ciuilis: ergo & ibi ciuilis pariet. Fateor tamen quod naturalis parere potest aliter intelligendo, vt ĵ. dicam. Communis opinio.

¶ Non obstat arg. ex quo gl. Bar. & cæteri fundantur, quia etiam si non inest naturalis obligatio, nihilominus quis est strictus necessitate soluendę rei, nec exceptio tollit necessitatem. Imo cum ius ciuile quem obligat, inspectis principiis iuris ciuilis, tenetur necessariò soluere: exceptio tamen vel defectus obligationis naturalis postea, oppositione elidit istam necessitatem, & non tollit eam, vt in tex. nostro. Hoc etiam probatur in prin. Instit. de

excep. vbi sublata naturali obligatione, remanet actio efficax & iusta, quam efficaciã & iustitiã intelligas inspectis principiis ciuilib. obstante tamen exceptione talis iustitia eliditur. ¶ Vnde constant hæ paradoxæ, ꝙ de essentia obligationis non est, vt insit naturalis ad hoc vt habeat necessitatem soluendæ rei. itẽ quod obligatio naturalis non generat actionẽ. præterea hæc cõfirmantur per ea quæ dicit Iureconsultus. *l. 3. §. 1. ff. de bo. poss.* vbi bono. possessio vel hæreditas ita definitur, est enim ius persequẽdi retinendiq; patrimonii ꝙ cuiusq; cum moritur fuit. Finge aliquem esse compulsum vt agnoscat bon. poss. restituendã per senatus consultum Trebellian. *vt l. cog. & l. 1. ff. ad Treb.* quippe iste agnoscit bo. poss. & habet ius persequendi & retinendi: tamen si retineat, compellitur restituere: & si persequatur, obstat exceptio, *vt in d. l. 1. §. sublata.* & tamen attento iure pretorio non ꝓpterea desinit habere ius persequendi: sic ergo obligatio habet necessitatem solutionis, etsi obstet exceptio quæ venit alio iure. ¶ Nec teneo id, quod dicit Bar. quod obligatio ciuilis est vt pater, naturalis vt mater, & sicut filius postquam alicuius est, potest viuere sine matre: ita & actio potest esse sine naturali obligatione. Hoc certè ego credo, quod nunquam actio potest esse sine ea obligatione, à qua est producta: probatur per definitionem actionis, cum actio sit ius persequẽdi in iudicio, quod sibi debetur: ergo sine

Hæreditatis definitio.

debi-

Digitized by Google

debito nõ potest esse talis obligatio: sed id debitum intelligo ciuile, cũ naturale in nostro iure ciuili non appelletur debitum. *vt l. fideiussor obligari. §. fideiussor. ÿ. de fideiuss.* ita non teneo Bar. æquiparationem: item nec assentior in id quod ipse dicit *l. 1. de condi. indebiti. 6. colum. in fine*, quod aliquando sine obligatione naturali producuntur actiones, vt in literarum obligatione, sed hoc dicit miraculosè fieri, prout Deus in virgine gloriosissima ad nostram salutem disposuit. sed certè non est hoc miraculum, imò ridiculum dicerem, ni inuerecundè loquerer, vt sup. vides. eò maximè quod Deus supra naturã est, sed legis potentia natura ipsa concluditur, *vt leg. cum quidam. §. si quis suum. ÿ. de acqu. hæred. & ibi Bart.* præterea ius in producenda actione terminis quibusdam naturalibus vtitur, cum pactũ actionis reducat ad materialem partum: non ergo credendum, q̃ in eo, in quo naturam imitatur, eam excedere velit. De hoc articulo latè dixi *l. iurisgentium. §. & ideo. in materia actionum datiuarum.* item nota quod Bart. *l. 1. supr. alleg. de condi. indeb. 7. col. in pri.* sentit, solam ciuilem sine socia naturali hic definiri: sed hic deliberatius loquitur. & idem videtur sentire in *l. Iulia. verum debitorem. 8. & 9. colum. ÿ. de condi. indeb.* sed eum declara vt hîc se ipsum declarat: attamen vt dixi non rectè videtur sentire, nec hic, nec in *leg. ex hoc iure. de iusti. & iure. quinta columna.* tam ipse quam eius sequaces, solùm verè dixit in dicta lege prima.

¶ Fatendum tamen est, si rem ipsam perpensius attẽdamus, nullam esse ciuilem obligationem

20 nem † quæ secum non habeat naturalem, sed hoc longè aliter quam nostri doctores speculemur. & considero, ꝙ omnis lex humana habet participationem & vinculum à lege æterna & naturali: prout enim causæ inferiores à superioribus reguntur, & cælestia agunt in corporibus humanis: ita omnis lex à leg. naturali, & naturalis ab æterna & æterna à deo regitur, vt colliges ex sancto doctore. *in 2. quæstio. 96. art. 4. & in quæst. 91. artic. 2.* vnde intelliges id, ꝙ Regũ libro dicitur: per me reges regnãt & principes dominantur. Hac ratione cõcluditur, quod statuta humana obligãt aliquem, tam iure fori, quam iure poli, *vt notatur in c. quæ in ecclesiarũ. de constit. in gl. 1. & in ca. vt animarum. eo. tit. lib. 6* & ex hoc sequitur, quod iure gentium maiorib. & principib. obedire tenemur, *vt leg. veluti. ff. de iustitia & iure.* & in eodem lib. legitur, quod qui nõ obedierit principi, morte moriatur, & in concilio Agathen. quod anathematizetur vt docet tex. *in c. 2. de maio. & obed.* cõstat ergo, quod quodlibet præceptum iuris ciuilis, quando est iustũ & tendit ad conseruationem totius ciuitatis, obligat naturali iure æterna & gentium: ergo inerit naturalis obligatio, & ita fatetur Bar. *l. Iulia. verum debitorem. 8. & 9. colum. ff. de condi. indeb.* vbi concludit ex sententia quem obligari naturaliter. Idem tenet Paul. de Castr. hîc. Sed cõtra hæc opponitur

Cœlestia agunt in corporibus humanis.

Obedire principibus iure gent. tenemur.

nitur de text. nostro, vbi sublata naturali (vt cōmuniter intelligunt) remanet ciuilis: ergo ciuilis remanet sine naturali. Respondeo duplicem esse naturalem, † vna naturalis est, quę 27
ex meris terminis rectæ rationis per se cōstat: vt est illa quæ in pactis obseruandis cōsistit, *vt l.1.§.eo.* alia est quę inest cuiq; obligationi ciuili, quia ciuilia præcepta seruare tenemur: illa ergo naturalis quę stat per se sine ciuili, potest tolli alia cōuentione, quia naturaliter per cōtrariā ęquitatem contrariæ conuentionis resoluitur prima æquitas, & prima naturalis obli. remanet tamē ciuilis, quæ sine ciuili vinculo tolli nō potest, & remanet naturalis quę semper inest ipsi ciuili, cum oē ius ciuile constet, & habeat vim à vinculo naturali, & ita intellige & declara nostrum tex. ¶Præterea † ex 28
hoc inferas ad verum intellectū definitionis positæ in pr. Inst. de obl. ꝙ ibi verū est ciuilem cū naturali esse definitam, cum semper ciuilis habeat sociam, & super residentē. vnde forsan intelliges verba definitionis, cū dicitur, obligatio est iuris vinculū. s. sūmi iuris & vniuersalis iustitiæ. quo vinculo astringimur secūdum nostræ ciuitatis iura. & hoc conformat definitioni, vt differāt illa verba. *iuris. & secundū iura.* & ne sint superflua: cum oē verbū definititionis misteriosè debeat definitioni coniungi, *vt not. Inst. de ac. in pr.* vnde cū primum iuris naturę principiū sit, bonum esse sequēdum, malum verò vitādum, vt docet sanctus do. *in eod. lib. qu.*

 94. art. 2.

cessitatem, *vt in c. fin. de consue.* ꝙ clarè videmus in pactis nudis. ¶ Secunda, † dubium est, quomodo in nostro tex. istæ duæ obligationes naturales sibi cõtradicunt, nam ex stipulatione qs naturaliter tenetur ex illa naturali, ex qua constat ciuilis, & ex pacto liberatorio naturaliter est solutus. respondeo vt dixi ꝙ hæ duæ obligationes etsi sint naturales, ex diuerso tamen fonte procedunt, vnde & si prima principia naturalia dissentire non possint, tamen illationes & cõclusiones, quæ ex primis principiis inferuntur, discordare possunt, *vt colliges ex l. bona fides.* ꝟ. *depositi.* in discordia tamen validius semper vincit. vnde cũ obligatio naturalis, quæ p se ab ipsa natura prouenit, sit efficacior, quã illa quæ est iuncta ciuili, *vt probatur in l. Iulia. verum debitorem.* ꝟ. *de cond indeb.* nam obligatio naturalis ex pacto resoluitur per cõtrariam obligationem ex pacto, *vt in l. Stichum. §. naturalis.* sed non tollitur per obligationẽ naturalem, quæ inhæret ciuili, vt puta per sententiam, *vt in d. l. Iul. & in l. si pœnæ causa. eo. tit. & Bart. latè in l. Iulia. 8. & 9. colu. & hac est causa quare eliditur ciuilis per naturalem potentiorem.* at quare *in eadem leg. Iul.* valeat ciuilis cõtra naturalem, vi. ibi. ¶ Itẽ † ex his infero intellectum ad legẽ pupillus. de obl. & act. ꝟ. vbi Iurecõs. dicit pupillum naturaliter ex mutuo non obligari, sed tex. est cõtrarius *l. 1. de nouationib. & l. fi.* ꝟ. *de iureiur.* gl. exponunt; pupillus, id est infans, vel intellige, cum mutuum accepit ab ipso tutore.

30 (margin, beside "quomodo")

In Discordia Validius vincit.

31 (margin, beside "Itẽ")

Sed sine tali expositione potest intelligi ex distinctione superiori, quia nõ obligatur naturaliter ex vinculo ciuili,& ita loquitur lex pupillus, sed obligatur naturaliter ipsa naturali æquitate, quæ stat distincta ab obligatione ciuili, quæ oritur ex consensu, *vt l.1.§.eo.* & ita loquitur lex 1. de nouationib. cum similibus, & iste intellectus est verus, & sine expositione. & comprobatur adhuc ex mente Bart. *l. frater à fratre.14.colum.in medio.infr.de condi.indebit.* vbi ipse conclusit, in actione de peculio non subesse naturalem obligationem, postea se ipsum declarat, & dicit ista verba. *Item quod dixi in actione de peculio non inesse obligationem naturalem.* intellige nisi ex illa æquitate iurisgẽtium, quæ est vt maioribus parcamus, *vt dicam in l. Iulian. infr. eod.* itaque de mente Bart. ibi hæc omnia confirmantur, qui in qualibet obligatione ciuili fatetur naturalem, etiam si desit illa naturalis, quæ stat per se distincta. Ex hoc colliges ꝙ ibi apostillator Bart. non intellexit, aut sine proposito loquitur.
32 ¶ Item † ex his colliges subtilem & singularem declarationem, *ad l.1.de doli except. ꝟ.cum §. 1.Inst. de except.* ꝙ ipsa æquitate naturali contra æquitatẽ ex contractu doloso quis condemnaretur, sed validior ęquitas, & si non tollat, qa directò nõ sunt cõtraria, vincit tñ quo ad effectum, quia effectus resultant incompatibiles. Vnde constat, ꝙ in cõtractu doloso vel metu facto inest naturalis obligatio annexa ciuili. Hęc menti figas, qa ea solo

Singulare.

ſolo labore noſtro didicimus, nec apud aliquem iuris gloſſatorem ea à principiis ſuis eneruata traduntur. ¶ Quartus intellectus gl. quam glo. videtur approbare fuit Azonis, ſcilicet, quòd tex. iſte cùm dicit, † quòd pactum 33
non tollitur pacto, intelligatur in liberatoriis: ſecus in obligatoriis pactis. *vt in dicta lege Stichum. §. naturalis.* iſtum intellectum reprehendit Bart. & communiter omnes. & rectè, quia & dictum huius text. & ratio eſt generalis: ea enim ratione non tollitur pactum, per contrarium pactũ, quia in pactis verſatur factum. at cùm ipſe exponat, pactis ſcilicet liberatoriis, eſſet annihilare text. maximè cùm dicat in pactis, & intelligitur in pactis prędictis, de quibus dixerat, quæ fuerunt ad liberãdum & ad obligãdum. ita dicit Bart. cui addas quod verum eſt, tam in liberatoriis, quàm etiam in obligatoriis factum verſari: quia à iure ciuili non approbantur, vt dixi in vltimo notabili. Item pacta liberatoria magis habent iuris (ſi habere dici poteſt) quàm pacta obligantia: q͞a liberatoria valent ad exceptionem: obligatoria ad nihil, *vt l. iuriſgentium. §. quinimo. verſi. idem Marcel. ſup. eod.* vnde non rectè ſentit Azo, nec eius ſequaces Vltramontani.

¶ Quintus intellectus eſt, qui colligitur ex eodem Azone, & eum ſentit glo. in fine huius primæ partis, ꝙ licèt tollatur naturalis obligatio primi pacti, *vt in d. l. Stichum. §. naturalis.* nõ tamen tolluntur alij effectus prouenientes ex

pacto: vnde remanet pactum: & quod vltra naturalem habeat alios effectus, probatur, qa elidit ciuilem obligationem, vt hîc. item obligat promittentem naturaliter non petere, vt j. probabitur, & iste intellectus glo. approbatur à Bar. & cõmuniter ab aliis. ¶Certè iste intellectus non habet subtiliter intuẽti iuris saporem, quia Azo, Bart. & glo. & cæteri ea rõe credunt ipso iure non tolli, quia etiã si naturalis obligatio sit sublata, remanẽt tamen alij effectus. sed cõsidera, quia ideo remanent effectus, quia non tollitur, non ergo: & ecõuerso, ideo non tollitur, quia remanẽt effectus. probatur antecedens, certè pactũ de non petẽdo habet nr̃alem obligationẽ: item elidit ciuilẽ, vel habet exceptionẽ contra eam. quippe per ꝯrium pactũ de petendo, tollitur naturalis, *vt in l. Stichum. §. naturalis.* sed remanet exceptio & elisio, quia pactũ non tollitur ipso iure, *vt in l. nostra.* nõ tamen ex hoc ꝓbatur, quare pactum non tollatur. Itaq; probatur pactum nõ tolli, sed non quare nõ tollatur. Imo videtur omne ius pacti esse sublatum, cùm sit sublata nr̃alis obligatio, *vt d. l. Stichum.* pręterea noster tex. nõ loquitur principaliter de effectibus ꝓuenientibus ex pacto vel stipulatione: sed de ipsa stipulatione, vel pacto: nam dicit stipulationem ipso iure tolli, qa in ea ius cõtinetur. itẽ pacta non tolli, quia in his factũ versatur. Ecce quòd dispositio nostri text. & eius rõ, tendit ad causam, non ad effectũ. Præterea cõsidero, ꝙ pa-

Communis opinio.

ctum

Digitized by Google

ctum de non petendo, solo fundamēto æquitatis valet, *vt in l.1.in prin.* ff.*eod.* sed æquitas cōtraria æquitate ipso iure resoluitur, *vt l.Stichū.* §.*naturalis.* vbi expressè id dicitur. ergo ipso iure pactū nō valet. sed si dixeris: pactū est factū, & facti causæ infectæ haberi non possunt. *l.in bello.* §.*facta.* fateor, attamen video, ꝙ in pactis inest æquitas nr̄alis, quæ iuris est, vt patet in diffinitione iuris. & *in l.pe.* ff.*de iust.* & *iu.* ergo ipso iure resoluetur pactū, ꝓut dicimus in epitome, nā emptio inquantū habet cōsensum, est pactū, & ideo facti est, *vt l.cōsilio.de cu fu.* sed qa inest nr̄alis æquitas, inest obligatio nr̄alis, & superadditur ei obligatio ciuilis, per comprobationem: at si cōtrarius consensus postea re integra interueniat: talis emptio nr̄aliter ipso iure resoluitur, *vt in* §.*idem dicemus.* ff.*eo.* & *l. nihil tam naturale.* ratio est, quia resolutio contractuū non ad factum, sed ipsum ius refertur, vt est de mente nostri tex. sic itaq; cū in paucis solū ius nr̄ale versetur, dicendū est, ipsa pacta cōtrario iure resolui. ¶ Item ꝙ doctorū sensus non sit cōgruus, à resolutione earum ꝓbabo: in qua inquit Bal. cōsistit vera cognitio, *vt l naturaliter.* § *nihil commune.* ff.*de ac.pos.* & attendendū, ꝙ effectus, qui residēt in pacto de non petendo post contrarium pactū de petendo, non resultant ab aliquo iure, qđ quidem cōsistat in pacto: probatur, quia nec consistit ius ciuile, cùm sit prǽter: nec ius nr̄ale aut gentiū: quia sublata est nr̄alis æquitas: ergo nullū ius consi-

Facta infecta fieri nō possunt.

consistit. Resultant ergo illi effectus à mero facto, sed ego habeo ꝙ etiam si contractus vel aliquid aliud tollatur vel annullet̃ ipso iure, nunquam resoluũtur facti effectus, *vt Bart. leg. 1. 3. colum. de cond. inde.* & de hoc inferius: igitur per existentiam horum effectuũ, non probatur ipso iure sublatum, vel non sublatũ. cogita. ¶ Finaliter id teneo, quod dixi in vltimo notabili, quòd verum est, pactũ ipso iure naturali, nõ valere, quia nõ possumus negare, ante cõtrarium pactum iure naturali valuisse, cùm insit ęquitas naturalis, *vt in §. per traditionem. Institu. de rer. diui & l. 1. sup. eod.* item non possumus negare iure eodem fuisse sublatum per cõtrariam rationem, *vt in §. naturalis.* sed noster text. loquitur de iure ciuili, vt ibi dixi. ¶ Nunc ve-
34 niamus † ad vires pacti de non petendo, quas ponit gl. nostra in fine primæ partis. prima vis est, quod tollit naturalem, & ista glo. communiter approbatur, *vt hic per Bar. Bal. Ang. Paul. & Alex. & per Bal. l. pacta quæ cõtra. C. eo.* primò probatur per tex. *l. Stichum. §. naturalis.* secundò per text. *in §. sed si stipulatus.* ĩ. *ista l. & l. creditori. C. de pactis.* ¶ Sed Guil. & Pet. in suo intellectu quẽ Bart. hîc refert, tenent contrarium, quos Bar. reprobat. in hoc autẽ an bene loquantur, ego dubito per ea quę dixi post limitationem vltimã primi notabilis, qa videtur obstare intellectus Bald. *l. si tibi. §. de pignore.* ĩ. *eod.* quem moder. sequuntur, & si hîc hæc approbẽt. ¶ Item per rationem quam facit Bart. *l. 1. antep. col.* ĩ. *de condi.*

Communis opinio.

condi. inde. vbi refert Guil. verba, quòd pactum de non petẽdo nõ tollit naturalem, quia non tendit ad tollendam obligationem, sed ad tollendam petitionem, quam rationem sup. pulchrius cõfirmaui: sed nota, quòd Bart. non firmat rationem Guili. cùm dicat se alibi dicturum: facit etiam doctrina & declaratio singularis, quam docet Pau. de Cast. *l. lecta. 5. col. in fin.* ℨ. *si certum pe.* vbi ipse dicit, quòd si verba in pacto incõtinenti apposita tendunt ad petitionem, & nõ ad obligationem, vt quod nõ possim petere, nisi talis in Italiam venerit, tũc tale pactum non facit obligationem conditionalem: adeo quòd impediat ortum obligationis: quia apparet de mente contrahentium, ꝙ solam petitionem voluerunt differre, nõ natiuitatem obligationis: ad quod optimè facit lex obligationum ferè. §. conditio. ℨ. de oblig. & actio. dicẽdum ergo est, quòd pactũ de non petendo non habeat eam intentionem, vt resoluat obligationem, ergo nec resoluit eam *per eundem* §. *naturalis.* sed hoc tantùm intẽdit, vt impediat executionem, itaque ista conclusio videtur habere speciem subtilem. ¶ Si ergo eã tenere vel disputare velis, contrariis ita respõdeas. primò non obstat l. Stichum. §. naturalis, quia ibi in pacto liberatorio loquitur, sed nos negamus, quòd pactum de non petendo resoluat obligationem, nec intendit resoluere, *vt dicebat Paulus de Cast. & ibidem eum sequitur Alexander.*

Singulare.

¶ Non

¶ [illegible] *stipulatus*. vbi prou[illegible]
[illegible] obligatio alterna[illegible]
[illegible] de non petendo v[illegible]
[illegible] obligatio. Nam dic,[illegible]
[illegible] æquiparatio non e[illegible]
[illegible]nis: quia non eode[illegible]
[illegible] pacto de non pe[illegible]
[illegible] cùm solutio ipso iur[illegible]
[illegible]onem: *vt Inst. quib. mo*[illegible]
[illegible] de non petendo no[illegible]
[illegible] *vt in nostro* §. i[illegible]
[illegible] quo ad effectū[illegible]
[illegible] petēdo competat exce[illegible]
[illegible] ab ipsa obliga[illegible]
[illegible] & ista est vera æqui[illegible]
[illegible] principio illius §. iun[illegible]
[illegible] modo loquitu[illegible]
[illegible] primæ: vnde se[illegible]
[illegible] intelligere, qu[illegible]
[illegible], patet quòd ill[illegible]
[illegible] ad effectum, facit æ[illegible]
[illegible]onem obliga[illegible]
[illegible] creditori. C. de pa[illegible]
[illegible] Sali. & Aret[illegible]
[illegible] alterius partis n[illegible]
[illegible] quòd partin[illegible]
[illegible] sum libera[illegible]
[illegible] contingit libe[illegible]
[illegible] ad liberan[illegible]
[illegible] ponderarunt §. se[illegible]
[illegible] intelligant illam le[illegible]
gem

Co[illegible]
op[illegible]

gem. Et fateor, quòd iure ciuili, pro parte, est ipso iure liberatus: tamen de iure prætorio non liberatur ipso iure, sed ope exceptionis: cùm enim prætor dicat, se in iudicio pacta seruaturum, si aduersa pars egerit, ego opponam de pacto de non petendo, vnde prætor me defendet, & elidetur sua obligatio, *vt in §. nostro, & in edicto prætorio.* Et ita debet intelligi liberatus, non ipso iure, sed obstante exceptione, vt textus in fine declarat. Exceptio ergo erit pacti de non petendo, quæ non directò, sed per obliquum liberabit, vt in nostro §. Aliter ergo erit liberatus iure ciuili, & aliter prętorio: nec eodem modo potest contingere liberatio, vt ipse Bartolus declarat in secunda vi huius pacti, quam inferius ponit, dum declarat legem quæcunque, ĵ. de compensa. vbi exceptione perimitur obligatio, & ita respondetur ad id vulgatum, quòd vna determinatio respiciens plura indeterminata ęqualiter determinet. *l. iam hoc iure. ff. de vulg. & pupill.* ¶ Non obstat ratio, quam faciebat Bal... [illegible]d finis obligationis est petere, er... [illegible] fine, cessat causa, id est obliga... de, quòd verius † dicetur, finem 36
... s esse consequi magis, quàm pe... *stipulatio ista. §. alteri. ĵ. de verborum ... alteri. Institut. de inutili stipulatio.* & ... nus, quòd impedito fine nō pro... ur obligatio. *vt in l. Macedo. ...* ... *Macedo. inf. & l. 2. §. 1. ad Vel. in...*

Itaq...

¶ Non obſtat tex. *in §. ſed ſi ſtipulatus.* vbi prout ſolutione vnius rei ſoluitur obligatio alternanatiua: ita pacto conuento de non petendo vnam rem, ſummouetur obligatio. Nam dic, ſi rectè intelligis, quòd illa æquiparatio non eſt vera in modo reſolutionis: quia non eodem modo reſoluitur ſtipulatio pacto de non petendo, ſicut ſolutione, cùm ſolutio ipſo iure tollat omnem obligationem: *vt Inſt. quib. mod. tol. obl. in prin.* ſed pactum de non petendo non tollit, nec reſoluit, ſed eliditur, *vt in noſtro* §. idcirco illa ęquiparatio verſatur quo ad effectũ, cùm ex pacto de non petẽdo competat exceptio, cauſatur poſtea abſolutio ab ipſa obligatione, ac ſi verè ſoluiſſet: & iſta eſt vera æquiparatio, vt colliges ex principio illius §. iuncto fine: nam prima pars iſto modo loquitur, & ſecunda reddit rationem primæ: vnde ſecundam eodem modo debes intelligere, quo primam. Hoc ita intellecto, patet quòd ille textus nihil probat, quia ad effectum, facit æquiparationem non ad reſolutionem obliga-

Obiectio.

35 tionis. ¶ Non obſtat †lex creditori. C. de pactis, quam ponderauit ibi Bald. Salic. & Areti. vbi ſi partem debiti ſolui, & alterius partis nõ petendæ feci pactum, dicit text. quòd partim iure ciuili, partim prætorio iure ſum liberatus. ecce ergo, quòd ex pacto contingit liberatio: ergo tale pactum dirigitur ad liberandum, quippe prout malè ponderarunt §. ſed ſi ſtipulatus, ita non bene intelligunt illam legem.

Digitized by Google

gem. Et fateor, quòd iure ciuili, pro parte, est ipso iure liberatus: tamen de iure prætorio non liberatur ipso iure, sed ope exceptionis: cùm enim prætor dicat, se in iudicio pacta seruaturum, si aduersa pars egerit, ego opponam de pacto de non petendo, vnde prætor me defendet, & elidetur sua obligatio, *vt in §. nostro, & in edicto prætorio.* Et ita debet intelligi liberatus, non ipso iure, sed obstante exceptione, vt textus in fine declarat. Exceptio ergo erit pacti de non petendo, quæ non directò, sed per obliquum liberabit, vt in nostro §. Aliter ergo erit liberatus iure ciuili, & aliter prętorio: nec eodem modo potest contingere liberatio, vt ipse Bartolus declarat in secunda vi huius pacti, quam inferius ponit, dum declarat legem quæcunque, ÿ. de compensa. vbi exceptione perimitur obligatio, & ita respondetur ad id vulgatum, quòd vna determinatio respiciens plura indeterminata ęqualiter determinet. *l. iam hoc iure. ff. de vulg. & pupill.* ¶ Non obstat ratio, quam faciebat Baldus, quòd finis obligationis est petere, ergo cessante fine, cessat causa, id est obligatio. responde, quòd verius † dicetur, finem 36
obligationis esse consequi magis, quàm petere, *vt in leg. stipulatio ista. §. alteri. ÿ. de verborum obligatio. & §. alteri. Institut. de inutili stipulatio.* & tamen videmus, quòd impedito fine nō propterea tollitur obligatio. *vt in Vel. Macedo. senatusconsultis. l. 1. ad Macedo. inf. & l. 2. §. 1. ad Vel. infra.*

Itaque

Itaque & si finis sit petere, & impediatur petitio, nō propterea tollitur obligatio. Ita constat ibi iuncta l. si mulier in iure eo. tit. & ita est de mente Bart. *l. 1. de condi. indeb. in penult. colum. ante fin.* vbi ideo dicit, quòd Velleianum non tollit obligationē, quia impedit petitionem, scilicet, ne petitio detur. nō ergo denegat obligationē, quia aliud est non petere, aliud non esse obligatum. Ita ipse ex cuius dicto contra ipsos & contra reliquos concluditur. Ex his infertur contra summarium Bart. quod suprà in princ. retuli, quòd istud pactum non est liberatorium vel resolutoriū obligationis: sed cogita diu, quia videtur quòd si est æquum vt non petas, non insit naturalis obligatio, vt soluere debeam: tamen etiam si hoc sit verum, nihilominus vera sunt, quæ diximus ad intel. l. creditori. & prædicti §. si stipulatus. & respōdere poteris ad §. de pignore negando intellectum: item negando intellectum Bar. ad titu. Velleia. quia alia ratione non tollitur obligatio, per ista verba, *petitio non detur,* vt ostendi *in l. iurisgentium. §. prætor. sup. eodem.* item ad dictum Pauli poteris respondere, id verum esse, in pacto in continenti apposito, ne obligatio iam orta ex promissione simplici, ex pacto censeatur sublata: quia videretur in continenti sibi contrarius ipse paciscens: nec est credendum, eodem tempore à sua intentione reuocasse,
37 *vt l. cū enim. de nouatio.*]. Secunda † vis pacti est, quòd elidit ciuilem obligationem, quam dicit Barto.

nō Petere, & nō esse obligatum differunt.

Barto. veram, quia parit exceptionem, *vt l. iurisgentium. §. quinimo. & § prator. & §. igitur. sup. eodem.* hoc tamen Bartol. intelligit, quando opponitur: quia antequam opponatur, non elidit, nec perimit actionem, *vt in textu nostro.* quod limitat, nisi in continenti sit pactum appositum, quia tunc inest ipsi actioni. & ipsam elidit in continenti, *vt l. lecta. infra, si certum petatur.* vbi fatetur hæc se dixisse. ¶ Tu duo considera in his. Primùm, quòd ista vis pacti, & quarta quam glossam dicit in vltima parte, scilicet, quòd exceptionem parit, quasi in idem sonant: nam propria vis pacti est, quòd parit exceptionem, *vt in dict. §.* ex quo fit, vt mediante oppositione, elidatur actio & obligatio: ita loquitur text. noster, cùm dicit, quòd replicatione, vel exceptione fit elisio: itaque elisio causatur mediatè ab ipso pacto: vis tamen propria est, vt pariat exceptionem, & ita subtilius videtur glossa loqui in fine primæ partis, cùm tres tantùm pacti vires dicat: alioqui si sunt duæ istæ, de quibus loquimur, necesse erit dicere, quòd pactum de non petendo habeat quinque vires, cùm pariat exceptionem, [illegible]n elidat exceptionem primi pacti. quod to[illegible]m eadem glossa pro vna vi assumpsit. Secundò considera, cùm Bartolus dicit, exceptionem inesse actioni, & quod illa elidit in continenti, non videtur subtiliter dictum, quia in l. lecta. pactum in continenti appositum nó dicitur inesse actioni, sed inest

contractui, & ita loquitur in §. quinimo. & l. lecta. & ita declarat ipse Barto. *quasi ad finem in eadem l. lecta.* vnde cùm insit contractui, idem contractus cum pacto efficiunt vnum esse, & vnum totum, iuris consideratione: quo fit, vt actio nascatur ex eodem contractu qualificata secundum qualitates pacti. Vnde nullum pactũ inest actioni, sed inest contractui. Credendum verò est, quod Bartolus loquitur de exceptione, quæ inest actioni, quia cùm actio sit qualificata, ex qualitate oritur exceptio. Vt puta, si feci incontinenti pactum de non petendo infra annum: est obligatio in diem, ideo ex ista qualitate agentem repellere possum: & hoc est, quod dicit Bartol. & in hoc bene. Sed notandum, quòd dictum Bart. non potest habere locum, in pacto de non petendo, incontinenti apposito, prout ipse videtur loqui. Ratio, quia si pactum in continenti apponatur, ipso iure impedit natiuitatem actionis, *vt l. rogasti. §. si tibi. infra, si certum petatur. & ibi Albe. Bald. Paul. & Alexand. in no. & idem Alexan. hic in 4. notabili. & d. Ias. 1. notabili. hic in 4. lib. vbi latius dixi.* itaque si actio ipso iure impeditur, vt non oriatur: ergo non possum [illegible]cere actioni inesse exceptionem. Item hoc ratione videtur constare: si enim, qui paciscitur non petere, habeat mentem resoluendi obligationem, & incontinenti adijcitur tale pactum, videtur, quòd nulla sit obligandi voluntas: cùm ea, quæ incontinenti fiunt, non differant à re.

Incontinenti quæ fiunt, non differũt à re.

Digitized by Google

à re:& hoc est, tenendo cõmunem opin. quòd qui paciscitur nõ petere, vult resoluere obligationem, & amplius non obligari, ex quo fit, vt tollatur prima obligatio nr̃alis, secundũ gl. nostram, & coẽm opi. Sed si tenemus, ꝙ non petere, & obligari non sunt cõtraria, vt su. videor probasse; ego non credo, ꝙ ex pacto de non petendo incontinenti facto, impediatur ortus obligationis. ratio, quia primò fuit orta obligatio, & pactũ non intẽdit resoluere, sed impedire executionem, vt su. etsi Bar. ipse teneat ꝯrium. Itaq; vt hanc opin. defendamus, necesse est ab illa dissentire, nisi dicamus, ꝙ in hoc casu pactũ non resoluat obligationem, vt aliquid videantur egisse, & ne sibi incontinenti videantur contradicere, *vt l. nam ad ea. de condi. & demonstr. & l. cum enim. de noua.* At nescio, ad quid hoc sit cõsiderandum, cùm in effectu nihil operetur talis obligatio; quia eidẽ contractui inest exceptio. Vnde si peteretᷣ ex eo, iudex ex officio suo repelleret, *vt tenet Bar. in l. lecta. & alibi sæpe.* ideo ego intelligo Bartol. quòd non sit mens sua, vt quando pactum de non petendo incontinenti est positum, exceptio insit actioni, sed loquitur in qualibet exceptione, quæ cõpetit ex pacto incontinenti apposito: quia tũc sine oppositione eliditᷣ obligatio, vt ipse declarat *in l. lecta.* Itaq; nõ loquitᷣ in terminis nostri tex. sed generaliter, & ideo in casibus habilibus debebit intelligi. Item in pacto, de nõ petẽdo tẽporaliter facto, poterit

Communis opinio.

contractui, & ita loquitur in §. quinimo. & l. lecta. & ita declarat ipse Barto. *quasi ad finem in eadem l. lecta.* vnde cùm insit contractui, idem contractus cum pacto efficiunt vnum esse, & vnum totum, iuris consideratione: quo fit, vt actio nascatur ex eodem contractu qualificata secundum qualitates pacti. Vnde nullum pactũ inest actioni, sed inest contractui. Credendum verò est, quod Bartolus loquitur de exceptione, quæ inest actioni, quia cùm actio sit qualificata, ex qualitate oritur exceptio. Vt puta, si feci incontinenti pactum de non petendo infra annum: est obligatio in diem, ideo ex ista qualitate agentem repellere possum: & hoc est, quod dicit Bartol. & in hoc bene. Sed notandum, quòd dictum Bart. non potest habere locum, in pacto de non petendo, incontinenti apposito, prout ipse videtur loqui. Ratio, quia si pactum in continenti apponatur, ipso iure impedit natiuitatem actionis, *vt l. rogasti. §. si tibi. infra, si certum petatur. & ibi Albe. Bald. Paul. & Alexand. in* [illegible] *m Alexan. hic in 4. notabili.* [illegible] *b. vbi latius dixi.* itaq [illegible] ditur, vt non oria [illegible] ere actioni ir [illegible] tatio [illegible]

Incontinenti quæ fiunt, non differũ à re.

à re:& hoc eſt,tenendo cõmunem opin.quòd qui paciſcitur nõ petere, vult reſoluere obligationem,& amplius non obligari,ex quo fit, vt tollatur prima obligatio nr̃alis, ſecundũ gl. noſtram, & coẽm opi. Sed ſi tenemus, ꝙ non petere, & obligari non ſunt cõtraria, vt ſu.videor probaſſe, ego non credo, ꝙ ex pacto de non petendo incontinenti facto, impediatur ortus obligationis.ratio,quia primò fuit orta obligatio,& pactũ non intẽdit reſoluere, ſed impedire executionem, vt ſu.etſi Bar.ipſe teneat ɔ̃trium. Itaq; vt hanc opin. defendamus, neceſſe eſt ab illa diſſentire,niſi dicamus, ꝙ in hoc caſu pactũ non reſoluat obligationem,vt aliquid videantur egiſſe, & ne ſibi incontinenti videantur contradicere, *vt l.nam ad ea.de condi. & demonſtr. & l. cum enim. de noua.* At neſcio,ad quid hoc ſit cõſiderandum, cùm in effectu nihil operetur talis obligatio, quia eidẽ contractui ineſt exceptio. Vnde ſi peteret̃ ex eo,iudex ex officio ſuo repelleret, *vt tenet Bar. in l* [illegible] *ubi ſæpe.* ideo ego intelligo Bartol. q[illegible] mens ſua, vt quando pactum de [illegible] incontinenti eſt poſitum, exce[illegible]oni, [illegible]itur in qualibet ex[illegible] c[illegible] pacto incontinenti [illegible] tũ [illegible]ſitione elidit̃ ob[illegible] d[illegible]*ta.* Itaq; nõ loquit̃ [illegible] generaliter,& ideo [illegible] it intelligi. Item in [illegible]liter facto, poterit

Digitized by Google

pacto: vnde remanet pactum: & quod vltra naturalem habeat alios effectus, probatur, qa elidit ciuilem obligationem, vt hîc. item obligat promittentem naturaliter non petere, vt j. probabitur, & iste intellectus glo. approbatur à Bar. & cõmuniter ab aliis. ¶Certè iste intellectus non habet subtiliter intuẽti iuris saporem, quia Azo, Bart. & glo. & cæteri ea rõe credunt ipso iure non tolli, quia etiã si naturalis obligatio sit sublata, remanẽt tamen alij effectus. sed cõsidera, quia ideo remanent effectus, quia non tollitur, non ergo: & ecõuerso, ideo non tollitur, quia remanẽt effectus. probatur antecedens, certè pactũ de non petẽdo habet nr̃alem obligationẽ: item elidit ciuilẽ, vel habet exceptionẽ contra eam. quippe per ꝯtrium pactũ de petendo, tollitur naturalis, *vt in l. Stichum. §. naturalis.* sed remanet exceptio & elisio, quia pactũ non tollitur ipso iure, *vt in l. nostra.* nõ tamen ex hoc ꝓbatur, quare pactum non tollatur. Itaq; probatur pactum nõ tolli, sed non quare nõ tollatur. Imo videtur omne ius pacti esse sublatum, cùm sit sublata nr̃alis obligatio, *vt d. l. Stichum.* prẹterea noster tex. nõ loquitur principaliter de effectibus ꝓuenientibus ex pacto vel stipulatione: sed de ipsa stipulatione, vel pacto: nam dicit stipulationem ipso iure tolli, qa in ea ius cõtinetur. itẽ pacta non tolli, quia in his factũ versatur. Ecce quòd dispositio nostri text. & eius rõ, tendit ad causam, non ad effectũ. Præterea cõsidero, ꝙ pactum

Communis opinio.

Digitized by Google

ctum de non petendo, solo fundaméto æquitatis valet, *vt in l.1.in prin. s.eod.* sed æquitas cõtraria æquitate ipso iure resoluitur, *vt l. Stichũ. §.naturalis.* vbi expressè id dicitur. ergo ipso iure pactũ nõ valet. sed si dixeris: pactũ est factũ, & facti causæ infectæ haberi non possunt. *l.in bello.§.facta.* fateor, attamen video, ꝙ in pactis inest æquitas nr̃alis, quæ iuris est, vt patet in diffinitione iuris. & *in l.pe.s.de iust.& iu.* ergo ipso iure resoluetur pactũ, ꝓut dicimus in epitome, nã emptio inquantũ habet cõsensum, est pactũ, & ideo facti est, *vt l.cõsilio.de cu fu.* sed qa inest nr̃alis æquitas, inest obligatio nr̃alis, & superadditur ei obligatio ciuilis, per comprobationem: at si cõtrarius consensus postea re integra interueniat: talis emptio nr̃aliter ipso iure resoluitur, *vt in §.idem dicemus.j.eo.& l. nihil tam naturale.* ratio est, quia resolutio contractuũ non ad factum, sed ipsum ius refertur, vt est de mente nostri tex. sic itaq; cũ in paucis solũ ius nr̃ale versetur, dicendũ est, ipsa pacta cõtrario iure resolui. ¶Item ꝙ doctorũ sensus non sit cõgruus, à resolutione earum ꝓbabo: in qua inquit Bal. cõsistit vera cognitio, *vt l naturaliter.§ nihil commune.j.de ac.pos.* & attendendũ, ꝙ effectus, qui residét in pacto de non petendo post contrarium pactũ de petendo, non resultant ab aliquo iure, qđ quidem cõsistat in pacto: probatur, quia nec consistit ius ciuile, cùm sit prçter: nec ius nr̃ale aut gentiũ: quia sublata est nr̃alis æquitas: ergo nullũ ius consi-

Pacta infecta fieri nõ possunt.

consistit. Resultant ergo illi effectus à mero facto, sed ego habeo q etiam si contractus vel aliquid aliud tollatur vel annullet ipso iure, nunquam resoluũtur facti effectus, *vt Bart. leg.1.3.colum.de cond.inde.* & de hoc inferius: igitur per existentiam horum effectuũ, non probatur ipso iure sublatum, vel non sublatũ. cogita. ¶ Finaliter id teneo, quod dixi in vltimo notabili, quòd verum est, pactũ ipso iure naturali, nõ valere, quia nõ possumus negare, ante cõtrarium pactum iure naturali valuisse, cùm insit ęquitas naturalis, *vt in §.per traditionem.Institu.de rer.diui & l.1.sup.eod.* item non possumus negare iure eodem fuisse sublatum per cõtrariam rationem, *vt in §.naturalis.* sed noster text. loquitur de iure ciuili, vt ibi dixi. ¶ Nunc ve-
34 niamus † ad vires pacti de non petendo, quas ponit gl. nostra in fine primæ partis. prima vis est, quod tollit naturalem, & ista glo. communiter approbatur, *vt hic per Bar.Bal.Ang.Paul. & Alex. & per Bal.l.pacta quæ cõtra.C.eo.* primò probatur per tex. *l.Stichum.§.naturalis.* secundò per text. *in §.sed si stipulatus.* ĩ. *ista l. & l.creditori. C. de pactis.* ¶ Sed Guil. & Pet. in suo intellectu quẽ Bart. hîc refert, tenent contrarium, quos Bar. reprobat. in hoc autẽ an bene loquantur, ego dubito per ea quę dixi post limitationem vltimã primi notabilis, qa videtur obstare intellectus Bald. *l.si tibi.§.de pignore.* ĩ. *eod.* quem moder. sequuntur, & si hîc hæc approbẽt. ¶ Item per rationem quam facit Bart. *l.1. antep.col.* ĩ. *de condi.*

Communis opinio.

Digitized by Google

condi.inde. vbi refert Guil.verba, quòd pactum de non petẽdo nõ tollit naturalem, quia non tendit ad tollendam obligationem, ſed ad tollendam petitionem, quam rationem ſup. pulchrius cõfirmaui: ſed nota, quòd Bart. non firmat rationem Guili. cùm dicat ſe alibi dicturum: facit etiam doctrina & declaratio ſingularis, quam docet Pau. de Caſt. *l. lecta. 5. col. in fin.* ꝟ. *ſi certum pe.* vbi ipſe dicit, quòd ſi verba in pacto incõtinenti appoſita tendunt ad petitionem, & nõ ad obligationem, vt quod nõ poſſim petere, niſi talis in Italiam venerit, tũc tale pactum non facit obligationem conditionalem: adeo quòd impediat ortum obligationis: quia apparet de mente contrahentium, ꝙ ſolam petitionem voluerunt differre, nõ natiuitatem obligationis: ad quod optimè facit lex obligationum ferè. §. conditio. ꝟ. de oblig. & actio. dicẽdum ergo eſt, quòd pactũ de non petendo non habeat eam intentionem, vt reſoluat obligationem, ergo nec reſoluit eam *per eundem* §. *naturalis.* ſed hoc tantùm intẽdit, vt impediat executionem, itaque iſta concluſio videtur habere ſpeciem ſubtilem. ¶ Si ergo eã tenere vel diſputare velis, contrariis ita reſpõdeas. primò non obſtat l. Stichum. §. naturalis, quia ibi in pacto liberatorio loquitur, ſed nos negamus, quòd pactum de non petendo reſoluat obligationem, nec intendit reſoluere, *vt dicebat Paulus de Caſt. & ibidem eum ſequitur Alexander.* Singulare.

¶ Non

¶ Non obstat tex. *in §. sed si stipulatus.* vbi prout solutione vnius rei soluitur obligatio alternatiua: ita pacto conuento de non petendo vnam rem, summouetur obligatio. Nam dic, si rectè intelligis, quòd illa æquiparatio non est vera in modo resolutionis: quia non eodem modo resoluitur stipulatio pacto de non petendo, sicut solutione, cùm solutio ipso iure tollat omnem obligationem: *vt Inst. quib. mod. tol. obl. in prin.* sed pactum de non petendo non tollit, nec resoluit, sed eliditur, *vt in nostro* §. idcirco illa ęquiparatio versatur quo ad effectũ, cùm ex pacto de non petẽdo competat exceptio, causatur postea absolutio ab ipsa obligatione, ac si verè soluisset: & ista est vera æquiparatio, vt colliges ex principio illius §. iuncto fine: nam prima pars isto modo loquitur, & secunda reddit rationem primæ: vnde secundam eodem modo debes intelligere, quo primam. Hoc ita intellecto, patet quòd ille Obiectio. textus nihil probat, quia ad effectum, facit æquiparationem non ad resolutionem obligationis.

35 ¶ Non obstat † lex creditori. C. de pactis, quam ponderauit ibi Bald. Salic. & Areti. vbi si partem debiti solui, & alterius partis nõ petendæ feci pactum, dicit text. quòd partim iure ciuili, partim prætorio iure sum liberatus. ecce ergo, quòd ex pacto contingit liberatio: ergo tale pactum dirigitur ad liberandum, quippe prout malè ponderarunt §. sed si stipulatus, ita non bene intelligunt illam legem.

gem. Et fateor, quòd iure ciuili, pro parte, est ipso iure liberatus: tamen de iure prætorio non liberatur ipso iure, sed ope exceptionis: cùm enim prætor dicat, se in iudicio pacta seruaturum, si aduersa pars egerit, ego opponam de pacto de non petendo, vnde prætor me defendet, & elidetur sua obligatio, *vt in §. nostro, & in edicto prætorio.* Et ita debet intelligi liberatus, non ipso iure, sed obstante exceptione, vt textus in fine declarat. Exceptio ergo erit pacti de non petendo, quæ non directò, sed per obliquum liberabit, vt in nostro §. Aliter ergo erit liberatus iure ciuili, & aliter prętorio: nec eodem modo potest contingere liberatio, vt ipse Bartolus declarat in secunda vi huius pacti, quam inferius ponit, dum declarat legem quæcunque, j. de compensa. vbi exceptione perimitur obligatio, & ita respondetur ad id vulgatum, quòd vna determinatio respiciens plura indeterminata ęqualiter determinet. *l. iam hoc iure. ff. de vulg. & pupill.* ¶ Non obstat ratio, quam faciebat Baldus, quòd finis obligationis est petere, ergo cessante fine, cessat causa, id est obligatio. responde, quòd verius † dicetur, finem 36
obligationis esse consequi magis, quàm petere, *vt in leg. stipulatio ista. §. alteri. j. de verborum obligatio. & §. alteri. Institut. de inutili stipulatio.* & tamen videmus, quòd impedito fine nō propterea tollitur obligatio, *vt in Vel. Macedo. senatusconsulti. l. 1. ad Macedo. inf. & l. 2. §. 1. ad Vel. infra.*

Itaque

Itaque & si finis sit petere, & impediatu
titio,nõ propterea tollitur obligatio.Ita
stat ibi iuncta l.si mulier in iure eo.tit.& i
de mente Bart. *l.1.de condi.indeb. in penult.c*
ante fin. vbi ideo dicit, quòd Velleianum
tollit obligationẽ, quia impedit petiti
scilicet,ne petitio detur.nõ ergo denega
nõ Petere, & nõ esse obligatum differunt. ligationẽ,quia aliud est non petere, aliud
esse obligatum. Ita ipse ex cuius dicto c
ipsos & contra reliquos concluditur.
infertur contra summarium Bart. quod
in princ.retuli, quòd istud pactum non
beratorium vel resolutoriũ obligationis
cogita diu, quia videtur quòd si est æqu
non petas, non insit naturalis obligatio,
uere debeam: tamen etiam si hoc sit ve
nihilominus vera sunt, quæ diximus ad
l.creditori.& prædicti §.si stipulatus.& r
dere poteris ad §.de pignore negando in
ctum: item negando intellectum Bar. a
Velleia. quia alia ratione non tollitur o
tio,per ista verba, *petitio non detur*, vt oste
*l.iurisgentium.§.prætor.sup.eodem.*item ad di
Pauli poteris respondere,id verum esse,
cto in continenti apposito, ne obligati
orta ex promissione simplici,ex pacto ce
tur sublata: quia videretur in continen
contrarius ipse paciscens:nec est creden
eodem tempore à sua intentione reuo
37 *vt l.cũ enim.de nouatio.*]. Secunda † vis pac
quòd elidit ciuilem obligationem,quam
I

Barto. veram, quia parit exceptionem, *vt l. iurisgentium. §. quinimo. & § prætor. & §. igitur. sup. eodem.* hoc tamen Bartol. intelligit, quando opponitur: quia antequam opponatur, non elidit, nec perimit actionem, *vt in textu nostro.* quod limitat, nisi in continenti sit pactum appositum, quia tunc inest ipsi actioni, & ipsam elidit in continenti, *vt l. lecta. infra, si certum petatur.* vbi fatetur hæc se dixisse. ¶ Tu duo considera in his. Primùm, quòd ista vis pacti, & quarta quam glossam dicit in vltima parte, scilicet, quòd exceptionem parit, quasi in idem sonant: nam propria vis pacti est, quòd parit exceptionem, *vt in dict. §.* ex quo fit, vt mediante oppositione, elidatur actio & obligatio: ita loquitur text. noster, cùm dicit, quòd replicatione, vel exceptione fit elisio: itaque elisio causatur mediatè ab ipso pacto: vis tamen propria est, vt pariat exceptionem, & ita subtilius videtur glossa loqui in fine primæ partis, cùm tres tantùm pacti vires dicat: alioqui si sunt duæ istæ, de quibus loquimur, necesse erit dicere, quòd pactum de non petendo habeat quinque vires, cùm pariat exceptionem, [illegible]n elidat exceptionem primi pacti. quod to[illegible]am eadem glossa pro vna vi assumpsit. Secundò considera, cùm Bartolus dicit, exceptionem inesse actioni, & quod illa elidit in continenti, non videtur subtiliter dictum, quia in l. lecta. pactum in continenti appositum nó dicitur inesse actioni, sed inest

contractui, & ita loquitur in §. quinimo
lecta.& ita declarat ipse Barto. *quasi ad fi*
eadem l.lecta. vnde cùm insit contractui,
contractus cum pacto efficiunt vnum e
vnum totum,iuris consideratione: quo
actio nascatur ex eodem contractu qual
ta secundum qualitates pacti. Vnde nu
pactũ inest actioni, sed inest contractui.
dendum verò est, quod Bartolus loquit
exceptione,quæ inest actioni, quia cùm
sit qualificata, ex qualitate oritur exce
Vt puta, si feci incontinenti pactum d
petendo infra annum: est obligatio in c
ideo ex ista qualitate agentem repellere
sum: & hoc est, quod dicit Bartol. & in
bene. Sed notandum, quòd dictum Bart
potest habere locum, in pacto de non p
do,incontinenti apposito, prout ipse vi
loqui. Ratio, quia si pactum in continent
ponatur, ipso iure impedit natiuitatem a
nis, *vt l.rogasti. §.si tibi.infra, si certum petat*
ibi Albe.Bald.Paul.& Alexand.in no.& idem Al
hic in 4.notabili.& d.Ias.1.notabili.hic in 4.lib.v
tius dixi. itaque si actio ipso iure impeditu
non oriatur:ergo non possum [illegible] cere a
ni inesse exceptionem. Item hoc ration
detur constare: si enim, qui paciscitur
petere, habeat mentem resoluendi oblig
nem, & incontinenti adijcitur tale pact
videtur, quòd nulla sit obligandi volun
cùm ea,quæ incontinenti fiunt,non diffe

Incontinenti quæ fiunt, non differũt à re.

à re: & hoc est, tenendo cõmunem opin. quòd qui paciscitur nõ petere, vult resoluere obligationem, & amplius non obligari, ex quo fit, vt tollatur prima obligatio nr̃alis, secundũ gl. nostram, & coẽm opi. Sed si tenemus, q̃ non petere, & obligari non sunt cõtraria, vt su. videor probasse; ego non credo, q̃ ex pacto de non petendo incontinenti facto, impediatur ortus obligationis. ratio, quia primò fuit orta obligatio, & pactũ non intẽdit resoluere, sed impedire executionem, vt su. etsi Bar. ipse teneat ꝯtrium. Itaq; vt hanc opin. defendamus, necesse est ab illa dissentire, nisi dicamus, q̃ in hoc casu pactũ non resoluat obligationem, vt aliquid videantur egisse, & ne sibi incontinenti videantur contradicere, *vt l. nam ad ea. de condi. & demonstr. & l. cum enim. de noua.* At nescio, ad quid hoc sit cõsiderandum, cùm in effectu nihil operetur talis obligatio; quia eidẽ contractui inest exceptio. Vnde si peteret᷑ ex eo, iudex ex officio suo repelleret, *vt tenet Bar. in l. lecta. & alibi sæpe.* ideo ego intelligo Bartol. quòd non sit mens sua, vt quando pactum de non petendo incontinenti est positum, exceptio insit actioni, sed loquitur in qualibet exceptione, quæ cõpetit ex pacto incontinenti apposito: quia tũc sine oppositione elidit᷑ obligatio, vt ipse declarat *in l. lecta.* Itaq; nõ loquit᷑ in terminis nostri tex. sed generaliter, & ideo in casibus habilibus debebit intelligi. Item in pacto, de nõ petẽdo tẽporaliter facto, poterit Communis opinio.

& eius obseruantia fuit ab eis inuenta, ipsa ratione nr̄ali, *vt l.iurisgen.in princ. iuncta l.1.in princ.* vnde ex hoc oritur obligatio iurisgentium. Postea deuenit ius̄ ciuile, & eos contractus à iuregentium sumpsit, & cōprobauit, & ex ista cōprobatione oritur obligatio ciuilis, *vt patet l.legitima.sup.eo.* Itaque verissima est conclusio, quod ex àpprobatione cuiuslibet iuris, oritur eiusdem iuris obligatio.*l.legitima.sup.eo.& §.per traditionem. Instit.de rerum diui.* quod necessariò tibi ꝓbo. Diffinitur enim obligatio ciuilis, vt patet in diffinitione Insti. eo. sed illa ciuilis oritur ex contractibus iurisgentium, *vt patet in §.fin.eodem tit.* vbi dicitur, quòd nascitur ex cōtractibus, qui cōsensu contrahuntur: ergo in contractibus illis inest ciuilis. Imò tex. expresse dicit eas esse ciuiles, *vt in §.omnium. eodem tit.* ciuiles ergo erunt, quia à iure ciuili comprobantur, & ex cōprobatione oritur ciuilis. Vnde subtiliter infero, quòd etiam in contractibus iurisgentium, ipsa actio oritur ab ipsa obligatione ciuili: quia in his cōtractibus insunt obligationes ciuiles, quæ ad producendam actionem considerantur, vt patet in eodem §. fin. iunctis titulis ibi diuisis: nam illa obligatio quæ diffinitur, est illa quæ producit actionē: sed illa est in contractibus iurisgentiū nominatis, quæ à iure ciuili approbantur, *vt in §.omnium.eo.tit.* ergo etiam in his illam producit: nec curatur de obligatione naturali ad ortum actionis, quia illa non est causa, ex qua produ-
 catur.

catur. ¶ Obstat tamen tex. *l.naturales. de obl.& act.* j. vbi naturalium obligationũ nomine actiones cõpetunt Resp.ꝙ id intelligitur in naturalib.obligationibus,à iure ciuili approbatis:quę ideo naturales appellãtur,quia à principio à iure naturali vel gentiũ fuerunt introductæ,& approbatæ,*vt in l.ex hoc iure. de iusti.& iure.& in d.l. obligationes*. Postea verò iure ciuili fuerunt approbatæ.& ex hoc est, ꝙ ciuiles etiam dicuntur, *vt in d.§.omnium.* ex ista ergo iuris ciuilis approbatione oritur vinculũ, & ex vinculo actio, *vt in d.l.legitimæ. & l.iurisgentium. §.sed & si.* itaque in l. nr̃ales non cõpetit actio, quia sit obligatio naturalis,sed quia nr̃alis à iure ciuili cõprobatur, alias sequeretur, quòd ex qualibet naturali oriretur actio, quod est falsum,etam secundũ eandem l. ¶ Ex hoc extendas rationem eorũ, quæ diximus ad intellectũ l.licet.§.ea obligatio ꝙ etiã si illa obligatio mandati sit iurisgentiũ,non propterea parit actionem ipsa naturalis,sed sola ciuilis. Vt ergo ad propositũ veniamus, sicut ipsa iurisgentiũ obligatio approbatur à ciuili, ita resolutio ipsius obligationis approbatur à iure ciuili.*vt l.ab emptione.§.eo.* vnde secundũ Bart.pactũ de nõ petendo,in his ꝯctibus qui solo consensu cõtrahunt, resoluit obligationẽ. sed ista cõclusio est dubitabilis, *per ea quæ dixi in vlt. lib. primi nota.& in prima vi huius pacti maximè per tex. in l.si tibi.§.quædam.su eod. & per alias rationes.* Ex his inferas verã rõem,quare pactũ de non petendo

tendo

Digitized by Google

tendo, nõ possit tolli ipso iure, s. quia cùm ius ciuile nõ approbauerit, est facti, ideo ab eodẽ iure non potest tolli, cùm nihil habeat iuris: si tamen ius ciuile approbaret, tũc ipso iure pactũ potest resolui, *vt l. ab emptione. & l. legitima.*

¶ Tertia vis † pacti de non petendo, est, ꝙ naturaliter obligat, ad non petendũ, & ista est glossarũ & quasi omniũ opinio, & vera, cuius rationes statim videbis, adeo ꝙ acceptilatio parit obligationẽ nr̃alem, sicut pactũ de non petendo, cuius ꝯrium tenet ipse Bar. *l. vbi pactũ 1. & 2. col. C. eo.* vbi tenet quòd non oritur obligatio naturalis ad nõ petendũ ex ipso pacto. sed est alia obligatio, quę propter pactũ orit̃, *vt l. Meuia. solu. matr.* alij dicunt, ꝙ nulla oriatur naturalis, vt Bal. & Aret. ibi. alij ꝙ oritur quędam naturalis generalis, sed non specialis, vt ibi Sal. quorum arg. hæc sunt: Actus non debet operari vltra intentionem agentiũ, *vt l nõ omnis. ꝟ. si cert. pe.* sed acceptilatio fit ad liberandum, & ideo partes non intendũt se obligare. Et hoc fuit Arg. Iac. Butr. secundo acceptilatio operatur liberationem, *vt in §. est autem. Instit. quib. mod. tol. obl.* sed idem actus nõ debet operari liberationem & solutionẽ. *l. cum hi. §. 1. infr. de condi. indebi.* Tertiò acceptilatio est imaginaria solutio, *vt in illo §. est autem.* sed solutio non operatur obligationem etiam naturalem. *Instit. quibus modis toll. obligat. in princ.* ergo nec acceptilatio operari debet, quia fictio nõ efficit magis quàm veritas. *leg. adoptio naturam.*

39

Communis opinio.

Fictio non plus operatur quàm veritas.

ff. de adopt. quartò facit tex. *l. si pater. §. qui de*
rem. ȷ *. de iure dotium.* quin al. Salic. *in dict. l. v*
ctum & eam allegationem Aretin. confir
Item quintò vrget ratio Aretini. fatebat
nim Salicet. cum suo præceptore, & de
ipse Aretinus, quòd quædam generalis
gatio oriatur ex æquitate legis, non mi
C. de pactis. & legis 1. su. isto titu. sed ne
specialem oriri. probatur, quia & si ex g
rali non oritur exceptio, vel compensati
vis, *vt l. si non sortem. §. libertus. vbi plenè habet*
l. ex hoc iure. su. de iustitia & iure. tamen ex sp
li oritur exceptio, & habet locum comp
tio. sed ista sunt superflua, quia qui est lib
tus acceptilatione, habet exceptionem i
tionis & facti, quæ est maior exceptio, q
illa quæ ex pacto oriretur. ergo, ista æq
generalis non debet nouum inducere re
dium, *argum. l. 1. §. si debitori.* ȷ *. vt in poss. leg.* it
cit Aretinus. Sextò facit pro ista sententia
quamuis. in princ. ȷ *. ad Velleian.* vbi dicitur, ꝙ
lier quæ absoluit vel remittit, non se obl
nec intercedit: ideo non habet locum
tusc͞osultum, quod de intercessione disp
ergo qui liberat non obligatur. Septim
gumentatur Aretinus ex l. sub c͞oditione
ligatum. Nihil agit ante purificationem
gationis, nec acceptilatio liberat, nec h
effectum, antequam venerit conditio:
haberet vim pacti de non petendo, & nat
lem obligationem, tunc haberet aliquem
fe

fectum propter obligationem præsentem:
sed hoc est falsum, vt ipse docet *leg. 1. ¶. ver. C. de
pactis*: ergo & antecedens. hæc sunt argu. quæ
pro Bart. & contra eum in proposito adducũ-
tur. ¶ Ego verò in pluribus ab his dissentio,
non quod pensitator sim tantorum patrum:
quia quę dicimus magis dubitationis causam,
quam impugnandi studium cõtingunt. quip-
pe † credo, quod sicut in pacto de non peten- 40
do inest naturalis obligatio, ita in acceptila-
tione, & eodem modo nascitur in vtroq; ca-
su. primò probo iure mixtim & ratione. Cer-
tum est, quod in edicto vniuersali cauetur pa-
cta esse obseruanda, cuius edicti intentio de-
claratur per l. 1. in princ. sup. eo. quæ fuit, quia
æquitate naturali fides est seruanda, sed acce-
ptilatio est pactum. *vt l. 1. §. adeo.* & per conse-
quens concluditur in edicto, vt ibi apparet:
ergo eam conuenit seruari, vnde illa nascitur
obligatio, quæ ex pacto vel consensu nasci so-
let. Strictius vrget hæc ratio ex eadem l. 1. §.
conuentionis. vbi constat, in omni distractu,
vel resolutione alicuius contractus, habere
locum edictum, ergo per consequens orietur
naturalis obligatio, quia ęquitas naturalis est
edicti fundamẽtum: si ergo per acceptilatio-
nem liberasti, certè si postea petis, fidem non
seruas: quod intelligo si ex eadem causa petas;
si tamen aliud vel ex alia causa, diuersum esset
à fide. Secundò facit tex. *l. tale pactum in princ. ¶.
eod.* vbi si ego profiteor te mihi non teneri, di-

citur pactum, & ex hoc me obligari non petere, nam non solum personam obligat, sed etiam hæredes, vt ibi dicitur. Nec est bona responsio quam primò dat Salicetus *in d. leg.* vbi pactum, q̃ in illa l. volebant partes facere pactũ de non petendo, quia ex verbis colligitur mẽs partium, & tacitum pactum: hoc quippe nihil est, sicut.n.ex hoc sequitur voluntas mea de amplius nõ petendo.s. quia dixi te mihi nõ teneri, à fortiori apparet voluntas non petendi si te liberaui; constantior est enim voluntas in actu, quam in enunciatione, *l. publia. §. Titius Sempron.* ff. *depositi.* ¶ Nec obstat secunda respõsio quia ibi iterum approbat Aret. quia etiam si ex acceptilatione oriatur exceptio ex tacito pacto, *vt l. 2. & l. creditores.* C. *de pactis:* nõ tamen oritur obligatio naturalis ad non petendum, quia ipso iure contingit liberatio: vnde nõ est credendum, partes cogitasse de alia obligatione, cum agant de liberando. Ego miror, q̃ à viris doctissimis tã indocta processerint. Ratio primò fatentur oriri exceptionem ex tacito pacto, cum citent l. 2. & l. si creditores. secundò dicunt, quod non est credendum eos cõsiderasse, aut cogitasse de alia obligatione. Considera quantum ista sibi pugnent: nam tacitum pactum ex eo dicimus, quia iure elicitur eos in id consensisse, *vt supra dixi in secundo notabili & patet leg. Labeo. & leg. item quia supra eodem.* item si datur exceptio ex tacito pacto, certum est, quod ideo datur, quia prætor pacta

Voluntas est constantior in actu quam in enunciatione.

Digitized by Google

pacta obseruaturum promittit: Itaque ex edicto datur, sed edictum præsupponit naturalem obligationem, *vt l. 1. §. eod.* falsò igitur negatur naturalis, cum conceditur exceptio pacti: item ineptè ponderatur, an ipso iure contingat liberatio, vel ope exceptionis. Quia quoad ius naturale, ipsi fatentur, per pactum de non petendo ipso iure tolli naturalem obligationem. eo magis, quod verba l. tale pactum, magis sonant liberationem præsentem, vel præteritam, quam eam de futuro fiendam, cũ ibi dicatur, profiteor te mihi non teneri. Bene tamen fateor, quod ego per consequentiã promitto non petere, vt Bart. ibi declarat, & eadem consequentia est in acceptilatione, vt dixi in 1. arg. ¶ Tertiò ego probo per rationẽ, quam ex eis sumo: Certum est, quod pactum de non petendo secundũ eos, tollit naturalem ipso iure: ita est commu. opin. & quasi omnium l. nostra. sed nihil obstat, vt nascatur alia ad nõ petendum, secundum eosdem: ergo idem in liberatione. quia quoad ins naturale, ita per vnam liberatur, prout per aliam, & in ortu naturalis obligationis, solius cõsensus fit consideratio, *vt patet in l. 1. su. & in d. §. adeo. vbi notat.* sed in hoc nõ differunt, ergo nec differant in obligatione naturali. Quinimo, & si verum sit, quod pactũ de non petendo non tollat naturalẽ, conformãt in ortu obligationis, qa verũ est consentire, ergo ea quæ placuerunt sunt obseruãda. ¶ Quartò videtur probari, *ex eadẽ l. vbi pactum.*

Communis opinio.

cum

cum dicit,acceptilationis vinculis firmitas iuris innixa eſt:ecce,quod acceptilatio vinculat. Reſpondet Bald.Salic.& Aret. quod acceptilatio parit vinculum,quia ligat actoré,vt non poſſit agere,nõ vinculo obligationis,ſed vinculo repulſionis ab agendo:quaſi velint dicere quod eſt vinculum in eo, quod non habet vlterius actionem, & ſine actione agere non poteſt.Sæpe vidi, quod ex vno manarent plures errores,quia nec vera loquuntur,nec tex. rectè interpretantur: ipſi namq; credunt vinculum à repulſione procedere : ſed veritas eſt econuerſo. quia ideo repelluntur, quia præceſſit vinculum,ex quo ſequitur,ꝙ agere non poſſunt. item malè interpretantur text. quia
41 † mẽs imperatoria eſt, ꝙ cum ſit trãſactio per acceptilationem, tunc eſt iuris ciuilis liberatio firmiſſima. itaq; vincula illa ad conualidationem & robur liberationis conſiderantur. Hoc ſatis apparet ex verbis quæ refero, vbi pactum vel tranſactio ſcripta eſt,atq; Aquilianę ſtipulationis,&acceptilationis firmitas iuris innixa eſt:ſentias ergo, quod vincula ad firmitatem liberationis, vel tranſactionis ponderantur.ſcil.vt firma ſit liberatio, nec poſſit contra eam veniri : vnde ſi poſt liberationem petis, contra eam facis : & ſicut de facto non tenes firmam acceptilationem,cuius vinculis es ligatus,ita de facto venis contra naturalem obligationẽ, quæ eodem modo fuit orta ipſo conſenſu.Hæc eſt vera interpretatio l.vltimo
facit

Digitized by Google

facit lex non minorem. C. de transf. vbi liberatio resolutiua obseruanda est: quia cum semel placuit, fidem obseruare oportet. ¶ Venio † ad resolutionem oppositorum, & in his eminentior constabit nostra opinio. Non obstat primò cum dicitur, quod actus agentium non debet operari vltra intentionem, nam hic est intentio liberandi, sed verum est, ꝙ in liberatione consentiunt, ergo ad eam seruandam naturaliter obligantur, quia consensus debet seruari iure naturali. *l. 1. supr. eo.* sed si petunt ex causa iam resoluta, agunt contra liberationem, & contra consensum, ergo contra naturalem obligationem, qua tenentur obseruare eam. Secundò non obstat, quod idem actus nõ debeat parere obligationem & liberationem, ꝙ certè non rectè intelligunt doctores: quia id est verum, quod ipsa liberatio non obligat & absoluit liberatum. quia circa idem esset repugnãtia. sed liberatio bene obligat ad eandem obseruandam, &ad sui firmitatem. Nec in hoc est aliqua repugnãtia: imo ipsa veritas, vt su. probaui, & ista solutio est de mente Bart. hic, cum soluit l. cum his. §. 1. & si nõ ita clare loquatur. Non obstat 3. arg. quod acceptilatio sit imaginaria solutio: quia fateor, quod sit imaginaria solutio facta voluntate creditoris, at si soluatur volũtate eius, certum est, quod ipse consentit in solutione contractus, *vt l. 1. §. conuentionis. supr. eod.* ergo obseruare debet id, ꝙ sibi placuit. itaq; arg. seipsum soluit,

soluit, quia solutio non obligat soluentem, sed bene obligat ipsum, cui soluitur, vt solu-
43 tionem obseruet. Item si rectè † animaduertas etiam soluentem obligat, vt cõtra solutionem non veniat, dum recte soluerit. *vt l. cum de indebito. in pr. ff. de condi. indeb.* nam etiam in hoc non possumus negare naturalem obligationem obseruandi, & non contraueniendi placita. *vt l. 1 sup. eod.* iuncta definitione, in quo videtur Bar. etiam hic nõ rectè dixisse, dũ negat naturalem obligationem in soluente. At si dixeris, soluens non intendit se obligare. attende, quia in hoc summa versatur deceptio: nam nõ est necesse, ꝙ expresse in oblig. dirigat voluntatẽ, sed hoc est necessarium, vt in contractu vel distractu consentiat, ex quo consensu elicitur obli. consensus enim ab oblig. distinguitur, *vt notatur l. certi condict. in pr. ff. si cert. pet.* & ad obl. sat est, ꝙ consentiat in distractu, ex quo ꝯhatur obligatio ad placita obseruanda. Fateor tamen, ꝙ homo rationalis, dũ consentit, creditur scire se id obseruare debere, cum id ratio naturalis demonstret, & ideo dicimur consentire in obligationem, dũ consentimus in ipso contractu. Ita intelligas l. non omnis si cer. pet. ff. ¶ Nõ obstat *l. si pater. §. qua debitorem.* quia, vt ibi glo. videre poteris quæ optimè intelligit tex. & illum intellectum cõfirmat hic Bar. cum gl. ¶ Non obstat quintum arg. quod refert Aret. & mirandum est, quod qui subtilissimi habentur, tã inconsiderãter doceant.

Obiectiones.

faten-

Digitized by Google

fatentur enim ipsi, quod oriatur naturalis obligatio ex æquitate l.1.su.eo. & ex æquitate le. non minorem. C.de transf.& dicunt istam obligationem esse generalem, & quod non habet vim ad excipiendum & compensandum. certè, ista aut ego non intelligo, aut sunt repugnantia: si enim in acceptilatione versatur æquitas l. 1.& le.non minorem. necessariò dicendum est, ex ea æquitate oriri exceptioné. Ratio, quia illa æquitas est naturalis, fidei seruandę& est fundamentum edicti, ex quo permittitur exceptio, *vt patet l.1. in prin. iuncta l. iurisgentium. §. prætor. & §. sed cum nulla.* itaque in hoc sæpe cogito, an sit vitium impressorum, item idem de compésatione, *vt l. etiam de compensatione.* Illa autem ęquitas generalis, de qua ipsi præsupponunt, non potest adoptari, nec ad casum nostrum, nec ad l.1. aut ad l. non minorem. ¶ Item malè argumentatur Areti. cum ea ratione credat non oriri naturalem obligat. quia satis prouisum est ex exceptione intentionis vel facti, nam naturalis obligatio aliam habet causam. scil. ipsum consensum: quia cum semel placuit, id obseruare naturali ratione conuenit. vnde ex prouisione ciuili non impeditur ista causa naturalis, eò maximè, quod exceptio nó resistit, sed sequitur partes naturalis obligationis. ¶ Nó obstat sextum arg. de *l.quamuis.* ĵ. *ad Vell.* quia fateor, quod si pignus, quod apud mulierem erat, tibi tradidit. & ab obligatione pignoratitia libera-

berauit. non propterea intercedit, nec i
sus est conueniens senatusconsulto, nō
probatur ibi, quod talis liberatio, & si
lis, nō habeat in se naturalem obligati
cum habeat consensum licitum & app
tum, *vt l. 1. §. adeo. sup. eo.* Non obstat sep.
l. sub cōdi. de sol. quia prout acceptilatio ve
tur, adueniente conditione, ita & na
oblig. quia in conditionalibus nec nat
nec ciuilis oritur ante euentum condi
vt l. cedere diem. ĩ. *de verb. sign. & l. 10. de verb.*
in c. de spons. lib. 6. & ideo etiā naturalis o
tio pacti expressi de nō petendo ex con
nali oblig. si conditio aduenerit, intel
nata post aduentum conditionis. ¶ V
non obstat arg. ex quo se fundant aliqu
sertim moder. & do. Ias. *in d. l. vbi pactum*
verba quæ diriguntur ad tempus præse
præteritum, non inducunt oblig. *vt no*
5. §. stipulatio. ĩ. *de verb. oblig.* sed acceptila
quitur per liberationem præsentē, erg
inducit oblig. Respondeo secundum B
tale pactum. in princ. ĩ. *eod.* quod in liber
de præsenti, vel de præterito, necessari
obligat. exequenda in futurum. nam l
bero, & iam non teneris, sequitur nece
quod non debeam petere: hoc probat
quod dicitur, aliàs incipit: si quis ita. infra de
vbi promittitur furem non esse, & intel
promissum, quod si fur fuerit, soluatur
esse. Idem tenet, & declarat Bar. *l. 5. §. sti*

Digitized by Google

fu.al. Teneas ergo † cōclusionē gl. nostræ non 44
solum habere locum in pacto de non petēdo:
sed etiam in acceptilatione, vt sentit ipsa & gl.
in d. l. vbi pactum. vnde nec bene saluat ibi eam
Bart. cum credat aliam esse obl. naturalem in
acceptilatione, quam dicit non oriri ex acce-
ptilatione: quia vides, ꝙ ex cōuentione acce-
ptilationis oritur, vt etiam ipse videtur fateri.
l. tale pactum. §. *eo.* Vtilitas harū conclusionum,
tam in pacto de non petendo, q̄ in acceptila-
tione est: ꝙ cum naturalis insit obligatio, po-
terit accedere fideiussor, *vt l. 1. de fideiussoribus.* §.
Secunda vtilitas, ꝙ tale pactum factū ex causa
donationis valebit, *per legem si quis argentum. C.
de don.* & si vltramontani, & citramontani ꝯtri-
um teneant, de quo vide quę scribam in c. 1. de
pactis. Tertia vtilitas est, de qua hic per Barto.
& mode. practicos, qui vt solēt, nomine doct.
potiùs quàm iuris ratione mēbranas occupāt.
credūt forsan in superuacanea allegatione iu-
ris prudentiam consistere. ¶ Quarta vis pacti
de non petendo est, quod exceptionem parit,
& ista verè includit secundam, de qua supr. vt
ibi dixi. not. tamen id, quod Bart. dicit, † quod 45
antequam opponatur, nō perimit actionem,
nec eam elidit, sed contra Bar. tenet Bal. Ang.
Ful. & Alex. hic, & Bal. *l. pacta nouissima.* quorum
duo sunt fundamenta. primum est lex Stichū.
§. naturalis. vbi ipso iure, per contrariū pactū
tollitur obligatio naturalis: sed, q̄a sequeretur
ꝙ si ante oppositionē exceptionis soluerem,

non possem repetere: ratio, quia act
est elisa, nec perempta, & ideo non e
bitum: tamen hoc est falsum *per legem si*
tem. §. adeo. ꝟ. *de condict. indeb.* ergo & a
dens. Dom. Ias. *hic in 6 col. in princ.* dicit, c
quiuocant, quia Bart. loquitur de acti
ipsi de obligatione, & inter elisionem
nis, & elisionem obligationis magna
ferentia. vt declarat Bart. *leg. Iulia verum*
rem. ꝟ. *de cond. indeb.* istam differētiam do
tradidit hîc. hæc sunt doctorum sen
Ego opinor, quod tam tenentes contr
quam etiam qui eum defendunt, non
dicant, imo verum est de actione & o
tione indifferenter, per pactum de n
tendo non elidi ipso iure. & præsuppo
ista elisio non competit à iure natural
ius naturale, cum actiones non nouisse
potuit eas elidere: & idem est de obli
nibus ciuilibus, fateor tamen, quod ex
iuris naturalis causatur, sed disponent
ciuili, quæ quidē dispositio est prætori
prætor dicit conuentiones esse obseru
& ob id obligatio ciuilis, & actio venit e
da: sed si nos consideramus ius præto
ipso iure nō procedit: sed dicit se seruat
pacta. scil. in iudicio: ergo ibi elidetur
contra quam fuit factum pactum de no
tendo, itaque nulla est elisio ipso iure: H
tis constat ex nostro. §. & eius ratione: d
nim videri meo expresse, quod elidit pri
pac

pactum, non quidem ipso iure, sicut stipulatio tollitur per stipulationem. Negat ergo tex.noster elisionem ipso iure, tam in obligatione, quam etiam in actione: quia de pactis loquitur, ex quibus vtraq; procedunt. Item probatur per tex. nostri rationem, si enim in pactis non continetur ius, quo modo iure ipso causatur elisio. Itaq; est contra mentem & sensum tex.nostri, & ideo Bar.rectè ponderabat verba sequentia, *quod replicatione elidetur exceptio.* ergo non ipso iure: quia si ipso iure, antequam replicaretur esset elisa. Hæc ergo ideo in nostro tex.dicuntur, quia pactum non habet nisi ius naturale, quod pro iure non reputatur. item ius ciuile. s. prætorium quod in iactanti in nostro edicto nihil efficit. Bar. † ergo sententia non est refutanda, vt clarius etiam in resolutione oppositorũ videbis. ¶ Non obstat primum arg. quod prima facie, videtur habere bonam conclusionem. scil. quod naturalis tollitur ipso iure: ergo remanet ipso iure debilitata ciuilis, quam fouebat naturalis. item cum elisio sit causa exceptionis ordine intellectus, prior erit quam exceptio. ita ipsi ni fallor falluntur, nam fateor, quod naturalis tollitur ab ipso iure naturali, *vt in §. naturales.* sed negatur, quod ipso iure remaneat elisa. nam ius naturale non elidit, sed ius positiuum. & ius positiuum non ipso iure, sed mediante exceptione. vt in leg. nostra. At si dicas est debilitata, dic quod 47

ciuili obligationi ſuis principiis nihil deficit, quia non oritur ex naturali: imo nec actio oritur ex naturali, vt ſupra oſtendi in 3. ſolutione ad tex. Fateor tamẽ, quod ex pacto, eo ipſo ꝙ pactum eſt, oritur æquitas, ex qua poſtea eliditur actio & obligatio: & ſecũdum hoc poteſt dici, improprio quodam modo, debilitata, ac ſi diceres. rex Pœnorum poſſidet Aphricam, vel Machomethorum ipſius proimperator Hieroſolymam verè vſurpat, natus eſt magnus Ferdinandus, qui eos vtinam expugnabit, quippe ex hoc nõ ſequitur, eos hodie debilitatos: cum ergo cauſæ actionis & eliſionis à diuerſis procedant, non cauſatur debilitatio, antequam ſe iungant, vt Bart. docet. item ego diſſentio ab eo, quod docẽt prius eſſe eliſionem, quia eſt cauſa ad exceptionem: Imo ex exceptione reſultat eliſio, vt probatur ex text. noſtro: vbi replicatione cauſatur eliſio, nam exceptione oppoſita excluditur, & eliditur ipſa actio, quaſi remaneat inanis. ¶ Item nec dom. Iaſ. rectè reprehendit æquiuocationem, aſſignando differentiam, vt ſupra vides. Nec Barto. facit differentiam in dicta leg. Iulianus, quando eſt eliſio ex cauſa, quæ tendit ad elidendam actionem & obligationem, in eodem modo, & eodem tempore eliditur actio & obligatio: ita ipſe *in 11. col. in princ. ſecundum impreßionem de tortis*. ſed cauſa pacti de non petẽdo, & ad actionem & obligationem tendit, vt in text. noſtro: ergo, &c. ¶ Præterea

tex.

tex. noster loquitur in obligatione, eãdemq; habuisset Bart. intentionem. ¶ Non obstat secundum fundamentum Bald. & miror, quod talem cõsequentiam & ipse, & cæteri sequantur: quia habens exceptionem, si soluat, rectè repetit. *vt l. qui exceptionem. & l. si non sortem. §. in debitum. ȷ. de condi. indeb.* nec obstat, quod quando exceptio non elidit, non habet locum repetitio, *vt l. si testamento. §. 1. de fideiuss.* nam ista exceptio elidit, sed tunc elidit, cum opponitur: ibi autem, & si opponatur, non elidit, & ita debes intelligere. Hinc nota, ꝙ sibi contradicunt, ac sentiant, ꝙ exceptiones elidunt: nam in primo arg. dicebãt prius elisionẽ esse, quam exceptionem, vt videbis hic per Alex. cogita. cætera, quæ hic traduntur, non sunt ad nostrum tex. conuenientia, de quibus videndum est in l. Iul. verũ debitorem. ¶ Venio † ad 48
vires pacti secundi de petendo. & in hoc oẽs Communis opinio.
cõcordant, ꝙ tollit primam naturalem de nõ petendo, *vt l. Stichum. §. naturalis.* item secundò elidit exceptionem inductã ex primo pacto, itaq; habet replicationẽ, vt hîc in text. Tertiò inducit naturalem, nõ tamen illa iungitur cũ prima obligatione ciuili, sed aliter coadiuuat: & sic habes tres effectus vel quatuor, si iuuamen velis assumere pro vi, tamen est quædam sequentia replicationis. contra hæc oppono, si naturalis nõ iungitur cum prima obligatione, quomodo sola ciuilis erit efficax? Ad hoc respondet gl. quod non est inconueniens, qa

videmus hoc sæpe in iure, vt in chirog
ante biennium,& in sententia.Bar.rep
dit gl.& dicit,quod exempla ista sibi n
cent, quia in chirographo fingit post b
naturalem obligationem esse. vt non
opponi exceptio. Idem in sententia p
iudicatam, quæ habetur ꝑ veritate. V
ꝙ sententia inest naturalis obligatio,
docet *in l.Iulia.verum debitorem de condict*
49 hæc sunt verba gl.& Bar.¶ Primò †erg
dum est, quomodo in cõtractu literar
scatur obligatio ciuilis & actio. secu
obligatione naturali. tertiò de tali co
Communis opinio. iurato.communis conclusio, quo ad p
est, quod statim nascitur obligatio ci
actio,sed naturalis non, sed post bien
tenet gloss.*leg.cum quis.C.de iur. & facti*
leg.1.de condict.indeb. ĵ.*& in c.fin. de sol. &*
doctores communiter. maximè Bart. in illis
gibus, vbi latè disputat Iacob.tamen de F
dicebat, quod ante biennium nec n
oritur,nec ciuilis.probabat argumẽt
statim referam,sed non rectè:nam de
li obligatione ego ab eo dissentio. qu
uilem tamen,teneo contra commun
ante biennium non nascitur ciuilis. ¶
istam op.arguitur primò, nam contra
tionem literarum datur exceptio non
ratę pecuniæ.*leg.si ex cautione.& l.in con*
*C.de non nu.pec.Inst.de lit.ob in prin.*ergo
ponitur obligatio. Antecedens prob

l.si cum exiguam.C.de cond.ob cauſ.& l.ſi quaſi C.de *non nu.pec.* ¶ Tertiò, ceſſatio implementi non impedit ortum obligationis, *vt l.Iul.§. offerri.de ac. emp.* & ergo nec hic impedire debet. Quartò, ſi contractus habet debitã formam, etiam ſi cauſa ſit iniuſta, nihilominus cauſatur obligatio, vt in cõtractu dolo vel metu: ita in propoſito, etiã ſi poſtea deſit cauſa, non propterea dicamus non eſſe natam obligationem. Ita cõcludebat Petrus. Bal. tenet cum Petro, hoc præſertim arg. ſicut ſe habet contractus literarum, ita ſe habet ſtipulatio ſpe futuræ numerationis facta. *vt l. non figura.* de oblig & actio. ꝟ. ſed in ſtipulatione naſcitur ciuilis & etiam naturalis, *vt l. 2. §. circa. de doli ex.* ꝟ. idem idcirco in literarum obligatione. ¶ Præterea adde tex. expreſſum. *in §.penul.1.quaſt. 4.* vbi dicitur, quod ſi id quod nullo iure debuiſti, aut iure naturali non debuiſti, ſed ciuili, tanquam ex chyrographo ſoluas, vel promittas, repetis: ecce, quod iure ciuili debetur, & non naturaliter. Hęc ſunt arg. pro communi opinione: ſed his non obſtantibus, ego credo, opinionem Iacob. de Rauen. eſſe veram, nõ prout dicit ipſe, de ciuili naturali ſimul, ſed ciuili tantum ſcilicet quod poſt biennium ſit nata ciuilis, & non facio vim in ſuo fundamento: quia falſum eſt eſſe conditionalem conſenſum, vt inferius oſtendam. ¶ Sed talis conſideratio me in hanc ſententiam declinat. video enim quod iſta obligatio literarum non

fuerat in vsu in eadē forma iure antiqu
iure nouo fuit introducta ex alia forma;
ciuilis obligatio, *vt not. in l. ex hoc iure. in f*
de Inst. & iure. & notatur in l. legitima. in pr. su
dixi, & id omnes sine dubio firmant, ꝙ
ꝓbatur *Inst. de lit. ob. in pr.* cū ergo ista sit c
obligatio, debemus quærere, qūo, & qu
ius ciuile introduxerit, & hoc clarè ego
gi ex principio Inst. *de obl. lex. §. si eo. ti. iunc*
Instit. de literarum ob. nam in illo principio
ditur, quid sit ciuilis obligatio, vt satis la
dimus su. & docetur in §. fi. quod illa obl
nascitur quadrupliciter ex contractu. s.
cōtractu re, aut verborum, aut literarum
consensus. & primò ponitur tractatus e
oriatur re. secundò quomodo oriatur e
bis. tertiò quomodo oriatur literis, & i
tius tractatus incipit à titu. de literarum
gatione, & vt video ibidem, imperator i
mis declarat, quomodo & quando oria
terarum obligatio. s. quod si quis scripse
debere quod sibi numeratum nō est, sc
ra obligetur, dum queri non potest, qu
post biennium: quia tunc quæri non p
vt ibi dicitur, *& l. in contractibus. Cod. de n*
mer. pecu. quippe in toto iure ciuili, non
nietur fundamentum magis vrgens & n
sarium, ad cognoscendum, quomodo
quando causatur literarum obligatio. q
 florum lib. non habemus talem oblig
nem, vt præsuppo sui, & in constitutio

i

imperialibus hæc forma non demonstratur, vt in Inst. ¶ Non obstat communis solutio ad illum §.quam dat ibi glo. quod text.ibi loquitur de obligatione naturali, vel de efficacia ciuilis & naturalis: nam quod de naturali loquatur, est ridiculum: quia habet dependentiam à titulo de obligationibus, vt suprà declaratum. Item naturalis non esset literarum obligatio, sed esset obligationis consensus: eò maximè, quia natura non procedit ex præsumptione, cùm apud ipsam constent omnia, quæ put vera sunt, aut falsa, *vt l.respiciendum. ꝉ.si cert.pet.* ¶ Item loquatur de efficacia & effectu, ea ratione, quia ciuilis ante biennium est orta, nec probatur, nec est de mente, imo contra mentem legis: quia de ortu obligationis loquitur, vt constat *iuncto §.fin.Inst.de obl.* & patet ibi, sed ex ea nascitur cõditio, nam ab effectu nõ nascitur, sed ab oblig. etiam elidibili, secundum quod fatentur ijdem doctores. ¶ Item hoc videtur probari ab eisdem doctoribus, cùm ipsi teneant, quòd ante biennium non est obligatus naturaliter, quia deficit consensus: nam si deficit consensus, nulla est obligatio, quæ ex contractu nascatur sine consensu, *vt l.1.§.adeo. sup. eod.* sed hoc fundamentum ego nõ teneo.

per rerũ Naturã sunt vera vel falsa.

50 ¶ Poteris respondere † ad contraria, & primò ad primum argumentum, quòd exceptio non numeratæ pecuniæ præsupponit actionem: negari potest consequentia, quia non est verum, quòd omnis exceptio præsupponat actionem,

a Imo verissimũ, exceptio enim cum sit exclusio quæ aliquid excludit, non põt esse, nisi sit aliquid quod excludatur. Quod ab exceptione excluditur, est actio l. 2. in prin ff. de exceptionibus. Ergo vbicunque est exceptio, dẽt esse actio, quam reus excipiat, siue hæc actio reipsa sit, siue ex intentione, vel opinione agentis. hac enim largissima significatiõe actio sumenda, vt d. l. 2. in princ. accipitur.

ctionem, [a] cùm aliquando detur cõtra i tionem tantùm, *vt l. exceptio. de exceptio.*] *notatur Bar. l. qui se debere. de cond. ob causam* hoc ex eodem text. à doctorib. al. corro tur, quia in l. si ex cautione. dicitur, ꝙ e hypotheca, data sub spe futurę numerat non contrahitur ante numerationem, *quæ res pig. ob. po. & l. 1. qui pot. in pig. hab.*]. erg te nõ erat orta actio, nec exceptio datu tra actionem. datur itaq; cõtra intentic & ita absoluitur ipsa pars ab instantia, tentione agentis. ¶ Non obstat secund *l. si quasi. co tit.* vbi secundum doctores c tur liberatio, nam respondeo, quòd aut ligimus quòd cõdicitur liberatio, & tu bet intelligi cautionem esse interposita pulatione, nam stipulatio statim parit nem & obligationem, quia solennis es gatio. sed literarum cõtractus à iure ciu probatur post biennium, quasi tunc fide ciat, aliàs remanet in solis terminis nat bus, ideo non parit actionem, & tunc d dum est, non condici liberationem, sed i mentum vel literas, quę condictio appe sine causa, *vt l. dissolutæ. Cod. de cond. sine cau.* exasperet talis interpretatio, quòd ibi lo tur de stipulatione, nam ita dicit posse ligi Paulus de Castro ibi, & facit quia ve *Cautio*, rectè ad ipsam adaptatur *l. sancimu verborum oblig.* Non obstat tertium argu. cessatio impedimenti non tollit ortum

gationis: fateor, dum obligatio habet ad ortum necessaria & conuenientia: vt est emptio, venditio, & locatio, vel etiam stipulatio: quia isti contractus ab initio habent vel comprobationem, vel formam ciuilem: sed in literarum contractu non probabitur in toto iure ciuili, quòd à principio tempore, quo scribitur, sit talis contractus adeo confirmatus, vt statim producat actionem, sed post biennium habet efficaciam, & confirmationem ciuilem: quia ius ciuile confessioni fidem dedit: postquam qui dedit cautionem tanto tacuerit tempore, *vt l. si sub spe. C. de postu.* nec dicas literarum contractum esse nominatum, ergo habet actionem eo ipso, quod in esse deducitur, quia hoc est verum, si nomen sit confirmatum vel indictum simpliciter à iure ciuili: sed cùm confirmatio sit post biennium, *vt constat Institu eodem. in princip.* eodem modo debet obseruari, præsertim quòd non est necessaria sequela: est contractus nominatus, ergo statim producit actionem, *vt l. si rem. §. omnis. ἰ. de pign. act.* & de hoc satis dixi sup. l. iurisgentium. in princip. nec id teneas quod respondet dom. Ias. *in d. l 1. de cond. indeb. super gloss. in primo eius exemplo.* vbi primò dicit, quòd ille §. offerri, debet intelligi in contractibus iurisgentium, secus in contractibus ciuilibus: nam hæc respõsio non sapit iuris descriptionem, cùm ortus obligationis ciuilis in vtrisq; proueniat à iure ciuili, & est contra mentem

tex.*in §.adeo.Instit.de locato.& l.1. C.de iure*
Item grauius peccat dom.Ias.dum cons
istam respons.quòd contractus iuris ciu
solo consensu non producunt actionem
cundum Bart. *in l.iurisgentium.§.quinimo.p*
colum. sed contractus literarum est ciuili
go solo consensu ante adimplementum
habet actionem. Primò dom.Ias.peccat
tra Bar.& cõmu.op.qui ibidem fatetur,
etiam si cõtractus sit iuris ciuilis, dum t
habeat nomen & formam, statim etiam
adimplemẽtum, producit actionem, vt
emphy.sed literarum obligatio habet no
& formam à iure ciuili, secundum Bart
gloss. & reliquos *in l. legitima. in primo ex*
glo.sup.eodem. ergo ante adimplementum
ducet actionem: item peccat in nostram
nionem, dum ibi tenemus, quòd æquè
ducitur actio ex contractibus, dum eo
modo consistant & formentur. Nam si n
contractus iurisgentium, non sufficit
consensus, vt in mutuo, *l.si tibi su.eo.* nec si
sensus, vt in mutuo, *l.si tibi.su.eo.* nec si con
su vel scriptura fiat cõtractus ciuilis, seq
res, vt in constituto vel emphyt. & idem
literarum obligatione, non enim requi
res, sed tempus, ex quo fides confirm
Nec id dicas, quod vulgo dicitur, tempus
inducit, sed ius ciuile à præcedenti, sci
conuentione. Ex his resolues argumen
Bald.ex quo ipse se fundat, quòd stipulat
li

literarum obligatio ęquiparantur:nam in ortu obligationis summè differunt,nec lex,non figura, facit ad propositum. nam licèt in literarum contractu consensum fateri liceat, tamen non ex solo consensu causatur obligatio, nisi distantia temporis fidem præstiterit contractui. Nec bene resoluit hoc dom.Ias.in eodem primo exemplo glossæ,cùm dicat, quòd stipulatione sine causa adest purus consensus: sed in literarum obl. non adest purus consensus,vt infrà. Non obstat §.penult.1. quæstio.4. qui certè facit veram dubitationem, & cõtrarium concluderet,si à iure ciuili fuisset assumptus. ideo potest responderi, illum §.non habere iuris authoritatem, quia eius author tantùm est Gratianus, & ita in alio proposito respondebat domin. Iason. ¶ Sed honestior responsio erit, fateri, quòd id quod per chirographum soluitur, possit esse ciuiliter debitum, scilicet post biennium, non tamen naturaliter debetur. at si dixeris, præsumitur naturaliter debitum: fateor, tamen cõsidera, quòd contra istam pręsumptionem admittitur probatio. Itaque si ego volo probare pecuniam nõ fuisse mihi numeratam, admittor, *vt notatur in dicto §.1.in glo. obligetur. Institu.eodem.* vnde & si ciuiliter debebatur, tamen naturaliter non erat debitum, quia natura non fallitur, *vt l.cum quidam.§.quod si vnum. de acq.hæred.* ℣. ideo repetere potero, & hoc est, quod ibi dicit Gratianus. at si quisquam dicat, quòd prout natu-

Natura non fallitur.

natura non est obligatus, ita nec iure ciuili, quia ius ea omnia habet nota, quæ in rerum natura sunt vera, *vt patet in eodem §. quòd si vnum. & in §. conditiones. Instit. de verborum obligat. & l. respiciendum. infr. si certum petat.* responde id verum esse, tamen in isto casu ius ciuile introducit obligationem super præsumptione, quę elicitur ex diuturnitate & taciturnitate. secus si introduxisset obligationem super numeratione, quia nunquam oriretur obligatio, nisi dum verum esset, pecuniam esse numeratam. & ita hæc intelligas: de naturali verò obligatione, dic vt statim dicam.

51 ¶ Secunda igitur † inuestigatio erit, an ante biennium in cótractu literarum insit obligatio naturalis, & glossarum opinio est hic. *& l. 1. ℸ. de cond. indeb. & l. cum quis. de iur. & fact. ign. & in c fin. de dol.* & Bart. ibi & vbique, & cómuniter legistarum & canonistarum, quòd naturalis ante biennium non nascatur. ¶ Primò fundantur tali ratione, certum est, quòd obligatio naturalis oritur ex æquitate, *vt l. cum amplius. §. is natura. de regu. iuris.* sed si promitto tibi centum sub spe futuræ numerationis, credés, quod tu mutuabis, antequam mutues, cessat æquitas, debeam teneri naturaliter, ergo non teneor. Hoc est fundamentum Bartol. & ad corroborationem huius fundamenti dicit se dare tria iura. primum, *l. qui pecuniam. ℸ. si cert. petatur.* quem ita inducit. ibi dicitur, quòd ante numerationem in potestate habet promittens

Communis opinio.

tens

tens eam repudiare, ne obligetur: ſed certum eſt, ſecundum communem, non eſſe naturaliter obligatum. idem probatur *l. penultim. infra, quæ res pignori obligari poſſ. & l. 1. in fin. qui pot. in pig. habean.* ¶ Secundò probatur, *per legem ſi ſub ſpe. Cod. de poſtu.* vbi poſt biennium accommodatur fides conſenſui, ſed ex fide oritur naturalis obligatio, *vt l. prima, ſup. eodem.* ergo poſt biennium oritur naturalis obligatio, & non ante. ¶ Tertiò probatur per gloſſam, *& notata in dicto §. primo. Inſtitut. de literarum obligat.* vbi præſuppoſita ciuili obligatione, neceſſe eſt, quòd poſt biennium oriatur, ſcilicet naturalis. ¶ Quartò facit text. *in prææalleg. §. penul. 2. quæſtione 4.* vbi dicitur expreſsè non eſſe obligatum naturaliter. ¶ Quintò, quando actus dirigitur ad certum finem, deficit, ſi deficiat finis. & ita eſt de intentione, vel conſenſu, *vt leg. qui abſenti, de acquirend. poſſeſſ. infra.* ſed intentio obligationis ſe dirigit ad numerationem, ergo ea non ſecuta, deficit. ¶ Sextò facit, quia ille qui recepit chirographum, non eſt obligatus ad mutuandum, *vt leg. quarta, Codic. de dotis promiſſione.* ergo faciens chirographum, non eſt obligatus ad ſoluendum, ne demus duas obligationes contrarias.

¶ Septimò, obligatio literarum habet in ſe tacitam conditionem, ſcilicet, ad numerationem. hoc fatetur Bartolus *lege finali, Codic. de non numerata pecunia. & leg. prima. Cod. ſi aduerſus vendit.* & videtur probari in eadem leg. fin.

de quo

de quo ĩ. sed tacita conditio impedit
tatem obligationis, *vt l. item quia. sup. eo*
non oritur naturalis. & hoc erat argum
de Rauen. ¶ Hæc sunt argum. quæ fu
cõmuni opinione, quæ referre ad ver
ctrinam nõ fuerat necesse: sed quia in l
ra video, quæ iure non constant, non
præterire. Doleo sæpe, quòd maior no
stet labor in extirpandis falsis, quàm in
52 dis veris. Crédo igitur, quòd † commu
clusio ex eorum fundamentis non c
Imo verum erit, quòd etiam si ciuilis
tio non nascatur ante biennium, natu
men statim nascitur. Primò probatu
aut quis scribit se debere, & constat c
sus obligandi, *vt l. tale pactum. in princip. i*
& notatur in §. 1. Instit. de literarum ob. in gl
& hoc necessariò ab eisdem doctoribu
batur, cùm ipsi fateantur, quòd est ob
ciuiliter, quia nulla potest esse oblig
contractu, quæ non habeat consensu
§. adeo sup. eod. item probatur per tex. *l. T*
ibi Bart. & Paulus. & l. quidam. & l fin. ĩ. *d*
pe. vbi quando quis confitetur se debe
ris, talis confessio est conuentionalis,
si nobiscum concludat Paul. de Castr.
pecuniam. si certum pet. scilicet, quòd ciu
ligatio non sit orta ante biennium,
men bona ratione, quia dicit, ideo n
obligatũ qui scribit se debere, quia ta
ba non inducunt dispositionem, sed
ti

tionem: quippe talis ratio falsa est, vt ipse fatetur, vbi sup. & tenet Bart. *in l. non figura. de obligatio. & actio.* ℐ. aut expresse quis promittit spe futuræ numerationis, *vt l. si sub spe. Cod. de postu.* & constat inesse consensum: cùm ergo insit consensus, ex eo resultat naturalis obligatio, *vt l. 1. sup. eodem.* quia naturaliter æquum est, ea seruari in quibus est conuentum. ¶ Nec id obstabit, quòd ista conuentio fiat spe futuræ numerationis, nam spes ista non est conditionalis, sed respectiua: non enim promitto si numeraueris, sed promitto vt numeres. igitur nõ impeditur naturalis obligatio: † qa respectus, vel modus non impedit obligationem, 55
vt l. 1. & 2. C. de his quæ sub modo. & ibi glo. & maximè Paulus. probatur, quia modus est moderatio rei perfectæ adiecta, &c. vt docet Bartol. *in leg. quibus diebus. §. Therm. de cond. & demon.* ergo modus obligationi adiectus præsupponit eam in esse deductam. quare satis constat obligationem naturalem ab initio natam. item quòd non sit obligatio conditionalis, de quo latius in argumentorum responsione. ¶ Secundò probatur ineuitabiliter. certum est, quòd si ego stipulor spe futuræ numerationis, talis stipulatio habet obligationem ciuilem & naturalem, quia stipulatio vtranque habet, vt notatur *in l. 1. §. adeo. sup. eodem.* vbi satis clarè id probauimus, nec poteris dicere istam stipulationem esse conditionalem, quia si conditionalis esset, nõ haberet ciuilem obligationem,

quod est falsum, *vt in §.idem iuris. Institut. de except.* ergo cùm ciuilis oriatur, constat non esse conditionalem: at eodem modo, quo ciuilis oritur ex consensu verbis formato: ita oritur naturalis ex ipsa conuentione & consensu. Est enim licita conuentio, & non suspensa, vt sup. docui. nihil est ergo, quod impediat nr̄alem obligationem oriri, etiam si post ortam defectus causę expectatæ faciat eam euanescere vt ĩ.ostendam. & isto modo probatur in tali stipulatione ortam nr̄alem obligationem: non eo modo quo do.Ia. vult probare *in d.l.1.* ponderãdo tex. *in §. idem iuris.su.al.* cùm dicat idem iuris est, scilicet prout in §. præcedenti oritur, sed in §. præcedenti nr̄alis obligatio & ciuilis, ergo in isto casu nr̄alis orietur & ciuilis. ¶ Quippe in pręcedenti non oritur nr̄alis, nec identitatis iuris refertur ad nr̄alem obligat. in 1.notatur in stipulatione dolo vel metu facta vel erronea, in quo casu loquitur, nõ inest naturalis obligatio, quia non est æquum vt ego debeam obseruare, quod dolo vel metu promisi. vnde est, ꝙ cùm cõtractus bonę fidei sola naturali æquitate consistant, non valẽt si dolo fiant, *vt l eleganter in princ.ff.de dolo.l si mulier.§.2. ĩ.quod met.cau.* & hoc confirmat Bart. *in ead.l.1. de cond.inde pe.col.* ꝙ quãdo exceptio datur contra contractum naturali æquitate, sequitur in eodem contractu non inesse naturalem obligationem, quia deest æquitas, ex qua constat nr̄alis obligatio. Sed sic est, ꝙ in his contractibus

Digitized by Google

bus datur exceptio ex æquitate nrali, *vt in l.1. de doli excep.* ergo in his non inest obligatio naturalis,& idem est in obligatione ab initio erronea, quia in ea non versatur æquitas obseruationis. Vnde cõstat, ꝙ identitas iuris ad hoc non refertur, quia tale vitiũ, ab initio, non inest in stipulatiõe spe futuræ numerationis facta. refertur melius ad ciuilem obligationem & ad exceptionem: quia prout in vno casu datur ciuilis obligatio, ex qua dari oportebat & exceptio cõtra ipsam: ita in alio casu, & sic cõsonant verba: nec est bona ponderatio, quam facit, ꝙ ex stipulatione oritur obligatio, ergo naturalis & ciuilis. Nam ista non est bona cõsequentia quo ad nralem, quę oritur ex æquitate obseruationis, vt s. probaui. ¶ Restat ĩ ergo melius cõprobatum, ꝙ ciuilis & nralis oriatur per rationem, quam ego formaui. Vnde malè negat do. Alex. *in d. l. 1.* ꝙ in stipulatione spe futurę numerationis non oritur nralis, quia cùm adsint principia, ex quib. oritur nralis obligatio, non possumus negare eã ortam: nec possumus dicere, respectũ impedire naturalẽ obligationem, vt videmus etiã in emptione, venditione & locatione, qui sunt contractus respectiui, *vt l. naturalis. §. & si quidem cũ sequentibus. ĵ. de præs. ver.* ¶ Si igitur ex stipulatione spe futuræ numerationis facta oritur obligatio naturalis, necessariò sequitur, quòd si in scriptura sine stipulatione promittatur: etiam orietur, quia quo ad ipsum ius naturæ, 54

nihil facit forma stipulationis, nam e
ita pactum prout stipulatio obseruatu
cit enim ita conuentum esse, *vt l. 1. supra*
vnde malè consentit Paul. de Castr. *in*
cuniam. sup. al. quòd etiam si in stipulat
riatur naturalis obligatio ab initio: in
rum tamen contractu fatetur exposi
glossę, quòd ante biennium vel ante n
tionem non sit nata, certè, vt vides, r
rō differentiæ: quia vterq; contractus
naturæ, inquantum est cōuentio. & id
ad ortum obligationis naturalis conc
quod ipse Paul. fatetur hîc *in 1. colum.* c
net, naturalem ab initio ortam, &c. sed
ius ciuile, summa est differentia, nam e
latione statim oritur obligatio & acti
adsunt requisita à lege ciuili. secus est
55 tractu † literarum, nam non est suffic
ortū obligationis ciuilis, quia ante bie
non est comprobatus à lege ciuili: &
causa, quare in §. idem iuris. non fuit p
exemplum literarum obligatio. quia i
est orta ante biennium, & post non
nium obstat exceptio. sed fuit positum
plum in stipulatione, in quo idem ius
catur. Ex his habes verum intellectum
uum ad d. §. idem iuris. nec dominus R
dom. Ias. rectè intelligunt, cum vulgi c
ne, quod prout in stipulatione, ita in cō
literarum statim oriatur ciuilis obligat
formant enim in naturalibus, sed nō in
du

ductione iuris ciuilis, vt ostendi late in quęst. superiori. ¶ Tertiò pro parte ista facit lex. *si quis accepto.* ij. *de cond. ob causam.* vbi ego accepto tuli sub spe vt expromissorem dares, si nō dederis possum cōdicere liberationem: ergo sequitur, quòd spes ipsa ad causam, non impedit ortum obligationis: & hoc eandem habet rationem ad ius naturale, quam habet ad ius ciuile. oritur igitur naturalis ex tali promissione, etiam si talis promissio non habeat efficaciam ciuilem in cōtractu literarū, vsq; ad biennium. Ex hoc miror, ꝙ dom. Alex. tam leuiter asserat *in d. l. 1. in 4. col. ad fin.* ꝙ etiam si translatio dominij non impediatur, quando aliquid datur ob causam: tamen si aliquid ob causam promittatur, non habeat effectū ipsius cōsensus ante causam secutam. Rursus miror de tali doctrina, nam nō habet iuris fundamentum, & est contra mentem tex. *in d. l. si quis accepto.* vbi probatur eandem esse rationem in promissione, quæ est in ipsa datione. & hoc satis apparet sine doctrina tex. illius. Sicut enim donatio ob causam habet executionem translationis dominij, quia do. vt aliquid facias. volo transferre dominium, & ideo transfertur naturale & ciuile, *vt in §. per traditionem. Inst. de rer. diui.* ita cùm promitto vt facias, ista promissio habet effectus ab ipsa promissione resultantes, vnde non potest negari nr̄alē inesse æquitatē, quę versatur, vt promissa obseruentur, quia verū est me promisisse. De hoc plura

videre poteris *in rep. c. 1. de pactis.* dum exa
an in contractibus innominatis ante ad
mentũ nascatur obligatio naturalis. ¶
56 tò † pro ista parte facit, certum est, quò
rarum cõtractui ante biennium potes
dere fideiussor, probatur, quia etiã fid
res exceptionem non numeratę pecun
ponere possunt, *vt l. tam mandatori. & l.*
de non num. pecu. & talis exceptio non o
tur nisi ante biennium, *vt l. in contractib*
si ergo fideiussor accedit tali obligatio
tum est, eam non esse ciuilem: quia in t
re ciuili non probabitur, ante biennium
mittentem esse obligatum, vt superius
di. erit ergo naturalis obligatio ad qu
57 dit fideiussio. ¶ Quintò † facio arg. sa
cludens. certum est, ꝙ si ego spe futura
rationis centum promitto, postea ant
nium hoc debitum possum constituer
cum fidem. C. de non nu. pe. vbi dicitur, ꝙ fi
tionis agnoscere possum. & ita tenet
Inst. de literarum ob. in 5. col. ante medium. e
te biennium naturaliter sum obligatu
ne naturali obligatione nõ potest hab
cum constituti contractus. *l. 3. §. si quis c*
rit. ff. de consti. sola enim ciuilis non pote
stitui: ratio, quia constitutum est cont
cuius fundamentum est ipsa æquitas
lis, *vt l. 1. eo. tit. ff.* cùm ergo possit consti
rarum promissio, dicendum est in ipsa
ficere æquitatem naturalem.

Digitized by Google

¶ Venio† ad argumētorum resolutionem, 58 in quibus plura ex mente iuris declarabo. Nō obstat primum arg. Bar. ꝙ cessat æquitas antequam mutuentur pecuniæ. nam dico, ꝙ si nos consideramus fidem promissionis, certū est, ꝙ oritur nr̄alis obligatio, dū promisisti soluere spe futuræ numerationis: sed si postea spes fallitur, fatendum est, vt credo, ꝙ cesset naturalis obligatio: probatur, quia nr̄alis obligatio habet hoc fundamentum æquitatis, vt ꝓmissa seruentur, *vt l. 1. sup. eod.* sed iam nō est æquum, vt promissa seruentur, vt dicit Barto. & constat ipsa ratione: ergo cessat naturalis obligatio. ¶ Item hoc probatur, quia ista obligatio literarū habet conuentionem reciprocam, *vt l. 4. C. de do. pro.* sed cùm tu non numeraueris vt conuenisti, ex eo quòd ego non seruem quod promisi, non violo ius naturale, *vt in l. ii qui fidem. infra, titu. proxim. & in cap. peruenit. de iureiurand.* ergo cessat obligatio naturalis. sed ex eo quod cesset, non probatur non esse natam, quia spes adest, nec respectus impedit natiuitatem. Vnde hac declaratione constat, ante biennium naturaliter quem esse obligatum, & ante biennium naturaliter non esse obligatum. nam verum est ortam esse obligationem ante biennium, & cessare etiam ante biennium, dum spes fallitur, & fides ab alio nō obseruatur. & ita disputando cōcludebam. ¶ Ad alia tria iura per Bar. al. s. ad l. qui pecuniam. §. si certum petatur, &c. certè ego satis miror,

quòdBart.illa iura taliter intellexerit : n
la loquuntur in obligatione ciuili, & e
tum, in illo casu,nec ciuilem, nec natu
ortam ante numerationem. probo, q
obligatio conditionalis, vt dicit tex.*l.po*
*pot.in pig.hab.*ꝭ.vbi est idem casus.cum le
in l. penultim.& cum leg.qui pecuniam
men est conditionalis, etiam secundum
in eadem l. potior. sed literarum contract
est conditionalis, secundum eundem
*l.1.de cond.indeb.*ergo malè intelligit Bar
casus est ibi clarus. quod ego spopond
niam numerandam à te mihi,nonne an
merationem potero repudiare recept
pecuniæ.certè sic.ratio,quia ista stipula
nat conditionem. spopondi enim pec
mihi numerandam, & ideo tex.rectè d
turo creditori sponsionem esse factam
conformantur verba sequentia, cùm c
quod in potestate habet, ne ei accipien
cuniam se astringat, non ergo est ast
nec ciuiliter, nec naturaliter : quia ob
ciuilis est illa,quæ astringit, vt patet in
tione. & ita glo. *in d.l. potior*. dicit eund
casum ibi.& l.1.& penul. su.al. & hoc n
stè constat,prout etiam constat, quòd
tio in illis casibus est conditionalis, qu
Bart.vt dixi fatetur.Item contra seipsu
tur Bart. *l.non figura.*ꝭ.*de obliga. & actio.* d
ferens Petrum tenet, quòd obligatio
rum nõ erat ciuilis obligatio ante bien

Digitized by Google

iure ffforum, sed erat pactum nudum. Idem tenet Io. Fab. *Inst. de obl. 2. col. versi. sed nunc redeamus.* vnde non possumus intelligere legem, qui pecuniam. in tali obligatione, cum illa lex sit digestorum. debemus ergo intelligere in stipulatione facta ad futurum tempus, vt verba sonant. Hunc intellectum fatetur ibi Paulus de Castro & hic moderni, sed non ita probant, prout nos (quo dato vero) falsus erit alius, quem approbant ex Bar. opinione. ¶ Item ex hoc concluditur, contra communem opinionem ibi. cum teneant gl. quod si talis spõsio sit facta, cum promissione vsurarum, retro cedere nõ põt ipse promittens, nã vsuræ sunt accessiones. *vt l. frumenti. C. de vsuris.* sed ad accipiendam pecuniam nullo iure, nec ciuili, nec naturali tenetur, qui spopondit eam soluere sibi numerandam, vt docet ipse Bart. *l. si pecuniam. 3. colum. in fine. infra de condi. ob causam.* ergo nec ad vsuras, cum sint accessoriæ. at si dicas, qui stipulatione spopondit vsuras, non potest pœnitere, quia est contractus nominatus. respondeo, quod pœnitentia in isto casu, non reducitur ad vsurarum promissionem, sed ad id, quod ego nolo recipere pecuniam, quod recto iure facere possum. Ex quo sequitur vsurarum promissionem euanescere. prout in simili dicimus, in contractibus innominatis, in quibus attenta obligatione naturali, non potest pœniteri, sed licitum est dicere, quod ex parte tua non adimpleas: ex quo sequitur,

nec me teneri ex mea. vt ipse Bart. declarat *vbi supra per tex. in eadem leg. qui pecuniam.* Fatendum tamen esset, ad interesse teneri. Hæc argumenti gratia dixi, dicam latius in rep. cap. 1.

¶ Non obstat secundum arg. *de lege si sub spe. Co. de postu.* quia fateor, quod taciturnitas [b] biennii dat fidem contractui, & ideo tunc obligat ius ciuile, quia præsumit, quod qui fatetur se accepisse, & ob hoc dedit literas, receperit id, quod se recepisse fatetur. vnde est, quod hîc inest obligatio naturalis, ex ipsa præsumptione iuris: imo poteris intelligere, quod insit duplex naturalis: vna quæ resultat ex ipsa conuentione priori, quam præsumitur non euanuisse: alia ex ipsa reali numeratione præsumpta, vtraque ergo erit si verum est enumeratam pecuniam esse: si verò id sit falsum, vtraque deerit, & si vtranque præsumatur adesse: quia & si præsumptio iuris falli in hoc etiam possit, *vt n[...]tatur per gloss.* approbatam. *Instit. de literarum [...] [...]rinc. in gloss. obligetur.* natura tamen ipsa no[...] fallitur. *vt in lege respiciendum. infra si cert. petatur.* itaque argumentum illius text. non procedit ab ipsa natura, sed à iuris ciuilis præsumptione, post biennium ergo præsumitur obligatio naturalis ab ipsa numeratione: ante biennium tamen verum est, promittentem esse obligatum, quia promisit, itaque illa lex de alia obligatione loquitur, quam nos, vt poteris colligere ex Bald. *in leg. cum quis. C. de iuris & facti ig.*

[b] Adde quod taciturnitas non arguat consensum, quum tacens cōtradicendo nō posset impedire actum geri Bar. in l. quæ dotis. ff. cō. mo. Bart. in l. Titia. la 1. §. Lucia. ff. de leg. 1. Bald. in l. si fine C. ad sena. Velle. Salyc. in l. inuitus. Co. de proc. no. in l. Caius. de pig. act.

¶ Terti-

¶ Tertium arg. quod formauit hic Alex. nihil
eſt, quia ex falſo elicitur, vt docui in ſuperio-
re quæſtione, in primo argumento quod pro
parte mea formaui. Quartum † arg. *de §. penult.* 60
1. quæſt. 4. videtur ſatis vrgens, ſed rectè intelli-
genti nihil obſtat, quia ex chyrographo, poſt
biennium, incipit obligatio ciuilis quæ ſtrin-
git, etiamſi verum ſit, pecuniam non eſſe nu-
meratam, & tamen falſum eſt, ineſſe natura-
lem obligationem: quia etiam ſi ſit verum,
quod naturaliter, ex promiſſione, promit-
tens fuiſſet obligatus: tamen ceſſante nume-
ratione ceſſauit, & euanuit naturalis obliga-
tio, vnde remanet ciuiliter obligatus poſt bi-
ennium, & non naturaliter. Et quod hoc ſit
verum, conſtat ex eo, quod ibi dicitur, quod
repeti poteſt ſolutum ex chyrographo, ergo
probatur non fuiſſe pecuniam numeratam,
quia aliàs non probaretur indebitum, ex quo
ſequitur neceſſariò, eum naturaliter non eſſe
obligatum, quia ceſſauit numeratio, non ta-
men propter hoc probatur, ante numeratio-
nis ceſſationem, non fuiſſe naturaliter obli-
gatum. ¶ Quintum argum. non obſtat, fate-
or enim quod deficiat, ſi deficiat finis, tamen
ineſt obligatio ab initio, quia ſubeſt cauſa pro
xima, quę eſt ipſa ſpes. vt Bar. hîc fatetur. Non
obſtat ſextum arg. imo non ſapit iuris arguci-
em, & ſi idem formaſſet Bal. nam & ſi ego, cui
ꝓmittitur, ſim obligatus numerare, qa tacitè
cõſentio. *vt in d. l. 4.* nõ ꝓpterea eſt repugnãtia,
quod

quod tu obligeris, quia non sunt con
obligationes, imo correspectiue, & p
eadem l. 4. vbi & dotem repromittens sp
ræ numerationis, & ipse tacite prom
obligatur. ¶ Vltimò nó obstat arg. septi
quia negandum est, esse conditionalem
gationem, & si quandoq; id Bart. dixeri
batur, quia sequeretur, quod etiam in st
tione nó oriretur actio ante numeratio
quod est falsum. *vt in §. idem iuris. supr. alleg*
sequeretur, quod esset obligatio mutui
literarum: quia dum numeratur, est mu
item nec post biennium obligaretur, qu
ditio id est numeratio adhuc non super
de quo latius in proxima quæstione. ¶ H
61 ergo † ex superioribus, quod in cótract
rarú ab initio inest naturalis obligatio,
fateri cogitur hîc Paulus de Castro. &
gitur ab eodem Bart. *in l. non figura.* de ob
actio. vt ipse dicebat, quod iure antiqu
manebat talis scriptura in vim pacti, pe
ibi. hoc tamen intellige, donec spes fal
nam decepta spe, euanescit naturalis ęq
& per consequens naturalis obligatio,
cebam in sol. primi arg. post biennium t
est naturalis obligatio præsumpta, tam
ma conuentione, quam in numeratione
de primò infero, quod, etiam non secu
meratione, non erat contractus erro
quia à principio nullus error, vnde ma
terpretatur dom. Ias. *Instit. de obl. in pr. 5. &*

ad porcam. ¶ Secundò † infero, quod in obligatione literarum non habet locum pœnitentia, nam quis literis non obligatur ante biennium, vt probaui latè in superiori quæstione. Ergo tunc est literarum obligatio, sed post biennium non licet pœnitere: Imo efficaciter est quis obligatus, ergo idcirco in literarum obligatione non habet locum pœnitentia, quod est contra intentionem Bar. *l. 1. de condict. indeb. 6. col. & in l. cum quis. C. de iuris, & facti ignor.* dum tractat hęc, & allegat legem. qui pecuniam. si certum petatur. vbi licita est pœnitentia ante numerationem, tamen ibi non est literarum obligatio, sed stipulatio, quæ habet conditionem. Idem sentit idem Bart. *l. si pecuniam. 3. col. de condi. ob causam, & communiter approbatur.* sed vt vides non iustè. At si quis dicat, quod, secundum nostram opinionem, est obligatus naturaliter ab initio, & tamen verum est, quod ante biennium pœnitere potest, ergo in literarum obligatione habet locum pœnitentia. Respondeo, quod obligatio illa naturalis non est literarum, sed est consensus, quia literæ nihil faciunt ad naturalem obligationem, sed consensus. vnde non est ex hoc verum, quod in obligatione literarum habeat locũ pœnitentia. ¶ Hinc † opportunè quęritur, an iure fforum. esset cognita obligatio literarum? & secundum Bart. *in d. l. 1. de condict. indeb. & l. cum quis. C. de iuris & facti ignora. & in l. qui pecuniam. si cert. petat.* & communem opin. vide-

62

Communis opinio.

63

Communis opinio.

videtur quod sic : quia ipsi doctores i
gunt illam legem, qui pecuniam. in obl
ne literarum, & tamē lex illa posita in
libris. item videtur probari *ex lege non*
infra de obligat. & actio. vbi fit mentio de
rūm obligatione, & ita intelligit ibi g
Bald. *in dicta leg. cum quis vt retuli su. in q*
prima. in penultum. argu. His tamen non
tibus, procliuior sum in contrariam c
nem. quia vide, quod libris ffórum. cu
duntur obligationes ex contractu,
mentio de isto membro obligationis
rum: probatur *leg. 1. de obligationibus in p*
iunctis. §. sequentibus & leg. consensu. vbi di
tur omnes obligationes, quæ ex co
nascuntur, & partes diuisæ declarant
men nec in diuisione intrat membru
rarum obligationis, nec in declaratio
tium diuisarum : sed in libris institut
ponitur ista species, per se distincta i
sione obligationum, *vt in §. fin. Institut*
gat. & per totum titulum. de liter. obligat.
hoc cognoscemus, ffórum iure non f
vsu talem obligationem: aut improba
Iureconsultos, ex obtruncata diuisi
declaratione: aut Imperatorem ex sup
¶ Facit principium Instit. de literarum
& in istam sententiam reperio Bart. e
in dicta lege non figura referen. Petrum. in leg
tractibus in 1. quæst. Cod. de non numer pecun.
Ioan. Fab. instit. eo. in 1. colum. in medio & in

colum. ibi sed nunc redeamus. Respondeo ad contraria, & vt vides non obstat lex. qui pecuniam, quia in eius intellectu Bartol. & sequaces (ni fallor) falluntur. Non obstat lex. non figura, ad cuius † intellectum attendas, & prępono eam regulam: non minus valere quod scriptura sit, quam ꝙ vocibus lingua figuratis significaretur. Nec igitur regula declaratur ibi per rationem, quia non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt literæ, obligamur. Hæc dicit Iurisconsultus, cuius specialior declaratio talis esse potest, quia in leg. consensu. supr. eodem titulo. est traditum, quod epistola vel literis potest quis contrahere obligationem, quæ ex consensu contrahitur, cum consensus ita literis, sicut verbis, probetur. Huius ratio est, quia non figura literarum, nec voce verborum, sed ex re ipsa, ex literis, vel verbis significata, obligamur. & hoc est, quod vult dicere Iureconsultus, vnde iste erit clarior intellectus, quam ille, quem tradit ibi Bart. scilicet quod literarum obligatione inducebatur pactum nudum. Nam verum est, ꝙ si literæ sint formatæ super emptione, ex talibus literis contractum resultare nominatũ: si verò in literis sit inserta nuda conuentio, ex talibus literis probatur nuda conuentio, & ita lex illa vniuersaliter loquitur: imo credo, quod magis loquatur in contractibus efficacibus: cum loquatur de obligatione, cuius appellatio vera in ciuili verificatur. 64

vt l.

vt l. fideiussor obligari. §. fideiussor. infra de f
vbicunq; in materia obligatiua literi
scribitur, literæ non obligant, sed or
in his colligitur: & vbicunq; verba in
obligatiua proferuntur, verba non o
sed sensus qui significatur. Hinc co
quod consensus in ea sit essentialis,
verborum obligatione. Vnde inferim
terarum obligationem, quod consen
sit essentialis, & quod non characteri
rarum, sed oratione significata, causa
gatio. Et ita dicebant Petrus & Iacob.
Ioa. Faber vbi supra, & rectè: quia ex
fatentur obligationem literarum esse
batam de iure fforum, quia id negaba
l. in contractibus in prima quæst. C. de non n
vt refert Bartol. *in eadem l. non figura.* v
dissentit Petrus à Ioann. Fabro, & si ip
credat. At si quis dixerit secundum su
quod cum literis quis scribit se deb
obligatio ex consensu, cum non oblig
teris, sed ex oratione, & sensu respōd
literæ sunt necessariæ ad istam spe
conuentionem, tamen ex sensu & ea
ratione quis obligatur, itaq; sensus lit
est causa productiua ipsius obligation
ut idem dicimus in verborum obligat
65 ¶ Videamus † de tertia quæstione,
rarum contractus iuratus, sit efficax
ciuili? ad istam quæstionem est lex exp
l. fin. C. de non numer. pec. vbi iuramentu

Digitized by Google

addit huic cõtractui: imo ſicut ſine iuramento põt opponi exceptio non nu.pec.ita quando iuramentum confeſſioni adiicitur. Vnde Bartol.ſummat tex.illum,quod in iuramento intelligitur tacita conditio obligationis principalis.idem tenet ibi Bald.& Paulus.& tenet idem Bart.*in l.1.C. ſi aduer. ven.vlti.verbis.* ſed talis intellectus non videtur iuſtus:quia obligatio principalis non habet tacitam conditionem, probatur quia ante numerationem oritur obligatio,ſi fiat per ſtipulationẽ, *vt in §. idẽ iuris.Inſt.de excep.* ſed ſi eſſet tacita conditio ad numerationem, non oriretur oblig. & actio. *l.item quia.ſu.eo.*ergo nõ eſt conditionalis.ideo Paulus de Caſtro ibi fatetur, quod iſta conditio non eſt vera conditio, ſed modus qui conditio aliquando appellatur,*vt l. 1. & 2. C. de his quæ ſub modo.*& tamen modus non impedit natiuitatem obligationis,*vt in eadem l. & 2.* vnde nec hæc tacita conditio impediet.Hic eſt ſenſus Pauli,qui certè in hoc bene ſentit, vt ſ. latè vidimus, & ſi quandoq; ſibi fuiſſet contrarius, *vt in leg. qui pecuniam. ſi certum petatur.* Retenta igitur opinione noſtra, quod iſte contractus literarum non habeat ciuilem obligationem ante biennium, dicendum eſſet nouiter & ſingulariter, quod ſi iuramẽtum adiiciatur ex iuramento confirmatur contractus, prout videmus ex ſtipulatione confirmari. nam ante biennium contractus literarum eſt in ſolo vinculo naturali, cum non habeat le- Singulare.

habeat legis fomentum, vnde iuramento dicitur confirmari: quia quando cõuentio non habet fomentum legis, iuramẽto dicitur producere actionem, & ob hoc ipſum confirmatur. *vt l. ſi quis maior de tranſ. C. vbi vide do. Alexand.* ſed cum communis concluſio teneat contra, quod iuramentum non facit conuentionem nudam efficacem, de his pulchre videbimus, *in cap. 1. iſto ti.* non obſtaret text. *in l. fin.* vbi non obſtante iuramento poteſt opponi exceptio, nam fateor opponi exceptionem, non tamen ob hoc negamus contractum produxiſſe obligationem vt conſtat in ſtipulatione. *in §. idem iuris. Inſtitut. de exceptio.* vnde iſta exceptio, quæ opponitur contra contractum iuratum, eſſet excluſiua actionis, non intentionis, prout eſt illa, quæ opponitur contra ſimplicem contractum literarum: & hæc conſidera, quia iſtę ſubtilitates in viſceribus legum verſantur.

Communis opinio.

66 ¶ Infertur † etiam ex intellectu text. illius, quod malè paſſim à vulgo citatur, quod iuramentum ſapit naturam contractus ſuper quo ponitur, cum ibi iuramentum contractum aliàs non fomentatũ faciat roborari, ad producendam actionem & obligationem. fateor tamen, quod moderni Ticinenſes fuerunt ſubtilitatis huius autores, *qui in leg. ſi pecuniam infra de condictione ob cauſam. in prin. in vltim. col.* dant regulam contrariam. quod iuramentum non debeat ſequi naturam inefficacem contractus, ſuper quo ponitur, & reſpondent ad

Digitized by Google

ad dictam l. fin. quod ibi deficit consensus, &
nolebat obligari nisi numerasset, vnde iura-
mentũ non supplet consensum: & hoc confir-
matur à Bar. *l si quis pro eo de fideius. vlt. col. & Imo.*
in c. per trans. de arbit. & in d. l. fi. vt ipsi referunt:
idem tenet Bart. *l. sciendum. de verb. obl. & sentit in*
Auth sacramẽta. C. si aduersus vendi. & Bal. & Paul.
in dicta lege fi. de quo passim referunt, quod iu-
ramentum non obligat, quia non consentit
qui contrahit, nolebat enim obligari, nisi pe-
cunia fuisset numerata. ¶ Certè † ego satis mi- 67
ror, quod hi patres tãtæ & tam antiquæ auto-
ritatis tam inconsideranter edoceant: falsum
enim est deesse consensum in contractu lite-
rarum iurato, aliàs nec esset contractus obli-
gationis ciuilis introductorius, vt ipsi credũt:
nec esset contractus etiam facti, nisi haberet
consensum: nec credas, quod numeratio im-
pediat consensum præsentem ad obligatio-
nem: imo cum sit modus, demonstrat con-
sensum non suspensum ad obligationem, *vt in*
dicta lege 1. & 2. de his quæ sub modo & ibi gloss. Barto.
& Paul. forsan aliquis intelliget ipsos doctores
prout Bar. *in l. cum quis. C. de iuris & facti ig. & l. 1.*
de cond. indeb. scilicet, quod consentiunt in ob-
ligatione ciuili, quia ego facio tales literas,
quæ iure ciuili obligant: non tamen con-
sentio, vt teneat in veritate, nisi secuta nu-
meratione. quippe ego non intelligo tam
subtilia verba, scilicet quod velim me obliga-
ri iure ciuili, & nolim me obligari in veritate

quasi qui iure ciuili teneatur, non teneatur in veritate, quod mihi videtur absonum, Nam si obligatio ciuilis est ab initio, vere quis est obligatus, etiam si talis obligatio ex casu superueniente possit elidi, quia numeratione non secuta, oboritur exceptio, ex qua eliditur obligatio. vnde, quin verè teneatur, nihil impedit, cum adsit spes, ex qua ipse habet intentionem verè se obligandi. Nec in isto contractu ego possum percipere, quod adsit intentio non obligandi, quia alius obligatur ad numerandum saltem naturaliter; *vt l. 4. C. de do.* pro vnde iste promittés credit eum numeraturum, sunt.n. creditores reciproci: non est ergo dicendum, quod credat, aut cogitet de non se obligando verè: maximè, cum ista spe dicatur côtraxisse. fateor tamen, quod si numeratio cessauerit, poterit opponere: nec non opponere cogitauit, si forsan non fuisset solutum. vt ĩ. apparebit. ¶ Vnde duo infero: primum est, quod non decidit rectè Bal. *in d. l. si.* cum quæritur, an requiratur absolutio à tali iuramento, & ipse determinat, quod non hac ratione, quia contractus habet conditionem tacitam, & ea deficiente deficit consensus, ista (vt vides) ratio peccat cuilibet subtiliter intuenti. quia non deficit consensus: ergo iuramentum obligauit, vnde, hac retenta ratione, bene requireretur absolutio. sed quæ erit ratio, quare contra iuramentum sine absolutione potest opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ? ¶ Respondeo,

Digitized by Google

spondeo, † & nunc declaro viscera illius legis. 68
præsuppono igitur, ꝙ quãdo ob aliquam causam aliquid aut promittitur, aut datur, etiam si consensus sit in actu, *vt l. si quis accepto. de condict. ob causam. infr. & supr. latè docui.* attamen si illa causa non fecerit secuta, subuenitur ad resolutionem primæ obligationis vel consensus, sed istud ius, quo ad resolutionem agitur, non oritur ex consensu nec ex mente agentium. Ita est text. secundum Bartol. *ibi in secundo notat. leg. naturalis. §. & si quidem. de præs. ver.* vbi est de intentione iureconsulti, quod condictio ob causam oritur extra intentionem agentium. facit tex. *in l. si is qui.* ꝭ. *commodati.* & id Paul. de Cast. confirmat *in d. §. & si quidem.* sic idcirco dicendum est in contractu literarum, quod etiam si insit cõsensus in eo, qui ob causam numerandæ pecunię promittit, tñ ea cessante, datur exceptio non numer. pecun. non ex intentione, sed extra intentionem agentium: quia agentes credunt, & cogitant non in fallentia causæ, sed in eius veritate, & ob hoc dicitur, spe illius causæ contractum celebrari. Hæc est causa, quare possit opponi exceptio non numeratæ pecuniæ, qa nec de opponendo non dicitur actum esse, & minus de nõ opponendo. ergo ad incogitata iuramentum non se protendit. *vt in cap. veniens de iureiurand.* Nam per se est notum, quod contrahens non consenserit de non opponendo, si pecunia nõ fuisset numerata, idcirco legitimè poterit

opponere, non obstante iuramento. i
cas, quod siue sit verum, ꝙ in cõtractu
de opponendo, si non fuerit pecunia
(quod non impedit obligationem cor
etiam si impedit effectum) & tunc po
ponere, quia ita actum est. siue non si
de exceptione opponenda, poterit o
re: quia minus est actũ, vt non oppona
sante numeratione. itaq; verum erit, c
iuramentum obligat ex consensu ad
tionem, & non obligat ad non oppon
qa non consensit de non opponendo
gis, quod cum fides ista sit respectiu
non seruaretur nõ seruanti, *vt in c. peru*
de iureiuran. ¶ Secundò infero, quod n
concludit Bal. ibidem id ꝙ etiã confi
Paul. de Cast. ꝙ si minor iurasset in tal
ctu, non censetur maior ex iuramen
cõtractus est nullus ex defectu cõsen
tè quo ad consensum bene valet cor
sed cessante numeratione, bene pote
ni, vt supr. latè vides.

¶ Tertiò infero, quod in l. fi. non p
iuramentũ naturam sequi cõtractus
citur, non ea ratione, qua credidit do
si pecuniam. sed quia ibi exceptionis ra
bet locum contra iuramenti effectũ,
tra ꝯctus effectum: vnde cũ, & iuramẽ
tractus eadẽ sit qualitas, nõ est dicen
ramentũ sequitur qualitatẽ cõtractu
am propriam. id. n. esset necesse ꝑbar

bus, in quibus iuramentum contra suam qualitatem, aut naturam, vel ea omissa, sequitur naturã contractus. ¶ Vnum † est, quod fortiter obsistit ex intentione Bal. quia, qui prętextu fidei ab altero seruandæ aliquid promittit, dicitur conditionaliter obligatus per tex. *leg. quæro. §. inter locatorem. infr. locati.* vbi si ego promisi non expellere colonum à fundo & si expulero centum in pœnam, intelligitur tacita conditio, si soluerit pensionem, ergo eodem modo in contractu literarum erit conditio tacita soluendi: si fuerit numeratum. Respondeo quod *in dicta leg. quæro. §. inter locatorem.* non probatur, quod sit conditio: Imo probatur esse modum, nam si colonus expellatur, & agat ad pœnam, repellitur doli exceptione. ergo præsupponitur pœnam ipso iure commissam, & ita est de mente Bartol. ibi cum dicat, quod inest tacita conditio ad effectum obligationis, & sentit non inesse ad ipsam obligationem, maximè dum allegat text. *in l. Iulianus. §. offerri. de action. empt.* isto eodem modo declarat ibi Paulus de Castro. & tenet clarè Bartol. *in leg. cum mora in fine. 1. colum. C. de transf.* vbi intelligit per tex. ibi quod insit modus, & non conditio. idem ipse Bal. ibi, vbi ita intelligit: imo per text. *in leg. quæro. §. inter locatorem.* tenet quod in dubio contractus censetur esse modalis, & non conditionalis, & ita intelligebat Petrus. ¶ Ego vero, non lasciuia contradicendi sed inuestigationis insita natura, satis 69

dubito, an rectè intelligant, in quo ius versetur, & fateor, quod in obligationib. reciprocis vel respectiuis non insit conditio ex adimplemento partis. *vt notatur leg. Iulianus. §. offerri & in leg. in ciuile. Cod. de rei vendic.* diffiteor tamen, quod in illa lege, obligatio pœnalis non sit conditionalis, & primo probo per Iureconsultum, quia text. expressè dicit, ita esse verisimile conuenisse de non expellendo, si pensionibus paruerit. ecce quod est conditio quod probatur per verbum. si. vt traditur latè per Bar. *l. 1. de condi. & demon.* ¶ Secundò probo subtili ratione, & præsuppono quod etiam si obligatio non pendeat ab implemento partis, executio tamen obligationis impeditur, obstante exceptione, *vt patet in eodem. §. offerri.* tunc considero quod duæ possunt esse obligationes: vna. scil. ipsius contractus, puta locationis: alia super executione illius contractus, puta de non expellendo. prima igitur obligatio statim stringit, nec pendet ex implemento: nam antequam soluas pensionem vel precium rei venditæ, teneor ex vendito, vel ex locato, vnde verum est, quod etiam si non solueris, durat obligatio ex contractu, quæ fuerat in esse deducta. secunda tamen obligatio, quæ se dirigit ad effectum & executionem, non committitur, antequam pars adimpleat, vel si per partem steterit. Ratio est, quia effectus impeditur ex cessatione adimplemēti, & ideo cessat etiam obligatio quæ super

super effectu est fundata. nam si tradere rem emptam promisi, vel non expellere à fundo locato, ista est secunda promissio, quæ versatur super executione primæ obligationis, sed ad executionem nõ compellor, quia non adimplesti, ergo non committitur ista secunda promissio. Hoc einm est iuris subtile principium, quòd obligatio, quæ versatur circa executionem, vel moram alterius obligationis, nunquam cõmittitur, si ad executionem obstat exceptio, vt docet Iureconsultus. *l. lecta versi. sed cum sortis.).si cert. pet.* cùm ergo in §. inter locatorem. ad executionem, scilicet ad nõ expellendum non esset cogendus, quia colonus non soluerat, rectè stipulatio non expellendi, siue simplex, siue pœnalis non cõmittetur. & ideo dicebat Iureconsultus, verisimile esse ita conuentum: si colonus pensionibus paruisset. Vnde constat obligationem fuisse conditionalem, non tamen ex hoc sequitur, quòd qui ex causa fidei alterius aliquid promittit, sit conditionaliter obligatus, si fidem ille alter seruauerit. nam tũc est obligatio pura, etiam si per fidei fallentiam non teneatur efficaciter, vt tenet Bar. *in d. l. cum mora. & in eodem §. inter locatorem.* secus verò est, quando secũda obligatio pœnalis super executione primæ ponitur: quia tunc ipso iure non committitur, si per aliam partem fides seruata nõ fuerit. Nec obstat, quod in dicta l. quæro. §. inter locatorem, detur exceptio doli cõtra agẽtem

ex obligatione pœnali: quia talis exceptio est facti, non iuris, *vt l. qui se debere. de condi. ob cauf.* facit quod clarius ostēdi *in l. itē quia. in prin. quasi ad finem. supr. eodem.* vbi dedi intellectum nouum, & singularem ad legem. ita demum. ꝗ. de arbitr. distingue igitur, quòd aut datur exceptio doli contra primum contractum, & tunc excludit actionem, & ita potest etiam intelligi lex 3. C. de arbit. aut datur contra secundam obligationem, & datur contra intentionem, *vt l. quæro. §. inter locatorem.* inferas ex hoc, quòd malè allegatur textus ille ad hoc, vt in dubio magis credamus esse modum, quam conditionem. nam per illum textum dicebant, quòd si ego remisi iniuriam pro decem, remissio est facta ipso iure, etiam si decem nō soluas, prout conuentum est. vnde actione iniuriarum amplius agere non potes, *vt in §. sed si tale. ꝗ. ista lege.* quod secus fuisset, si fuisset conditionalis, quæ non præsumitur per l. quæro. §. inter locatorem. sed vt vides, illa lex, nihil probat, satis diximus in materia literarum obligationis, venio ad sequentia.

Singulare.

70 ¶ Postquam† Bart. examinauit vires pactorum, opponit contra ea quę dicit glo. & contra superiora. nam si pactum de petendo tollit naturalē obligationem de petendo. sequitur exceptionem esse sublatam, sed consequens est falsum, ergo & antecedens. probo consequentiam: naturalis enim obligatio est fundata super æquitate, & ideo censetur resoluta:

Digitized by Google

soluta: quia resoluitur æquitas, *vt l. Stichum. §. naturalis.* sed exceptio etiam habet fundamentum ex æquitate, *vt l. qui exceptione. de dol. except.* ergo eod. modo tollitur exceptio. Respondet Bar. dicẽs, ꝙ ratio non est vera, quia exceptio non oritur ex obligatione nr̄ali: imo oritur ex æquitate, quam habet ex seipso. ita dicit Bart. ¶ Sed ego video eius responsionem non esse congruam. Ratio est, quia argumentum non concludit, quòd oriatur exceptio ex naturali obligatione: sed concludit, quòd cùm oriatur ex æquitate, & æquitas est sublata, *vt l. Stichum. §. naturalis.* ergo & exceptio. vnde falsum est, quòd ex æquitate facti, id est consensus, oriatur exceptio: quia æquitas est sublata. nam conuentionis æquitas est facti æquitas, *vt in lege nostra.* in pactis enim factum versatur, sed pacti æquitas resoluitur contrario pacto, ergo & facti æquitas: vnde probamus resolutam esse ipsam exceptionem. Ideo † aliquantulum perpensius respondeas, quòd exceptio 71
talis pacti non procedit ex æquitate, vt supra patet, & probatur *Instit. de replic. in principio.* vbi prima facie iusta videtur, & iniquè nocet, ergo non est æqua. datur idcirco ex conuentione sola ea ratione, quia ita cõuentum est, hoc probatur. *Instit. de repli. §. 1.* his verbis: (nocet ei exceptio: conuenit enim ita, namque nihilominus hoc verum manet, licèt postea in contrarium pacti sunt) ecce rectè pondera, & videbis quòd ea causa cõpetit exceptio: qa verũ est,

est, ita semel conuentum esse, vnde iste effectus facti tolli non potuit. & hoc voluit dicere Bar. *cum in penul. col.* dat text. rotundissimum *in dicto* §. *1.* sed & in globo (vt aiunt) consistat perfectio, in isto tamen circulo aliquid est addendum, vel detrahendum, quia & si detur ex facto, non tamen ex æquitate, vt ipse credidit *in 6. colum.* ¶ Sed quæ est ratio, quare naturalis æquitas est sublata, & tamen remanet exceptio? respondeo, quòd æquitas naturalis est dictamen rationis, quod quidem contraria conuentione euanescit: nam dictat ipsa ratio naturalis, vt tu quod promiseris obserues, sed dum conuenit de non obseruando quod promissum est, resoluitur illa primæ conuentionis ratio. sicut enim cõsensum est, & ideo obseruari decet, ita dissentiri potest, & id conuenit obseruari. sed in exceptione alia versatur ratio: nam exceptio datur à prætore ad iudicium, *vt l. metum.* §. *sed quod prætor quod metus causa.* & ob hoc dicit se pacta seruaturum, *vt declaraui in l. iurisgentium.* §. *prætor. sup. eodem.* vnde ipso iure non potest tolli, antequam deueniamus ad iudicium, vbi replicabitur, & ideo replicatione elidetur, vnde cùm ista consistant in oppositione partis, competunt ex facto, etiam æquitate resoluta: quia verum est, ita conuentum esse, ideóque antequam replicetur, videtur etiam, æquitatem inesse, quod tamen pòstea reperitur falsum, & hoc est quod dicitur talem exceptionem

prima

prima facie iniustam videri. ❡ Ex his duo infero, primum, quòd non omnis exceptio detur ex æquitate, licèt passim aliter vulgo sit traditum. Nec lex, qui exceptionem. probat contrarium, quia etiam si verum sit, quòd qui æquitatem habet, habet exceptionem. tamen non sequitur, quòd qui non habet pro se æquitatem, non possit habere exceptionem. ❡ Secundò infero, quòd in tex. nostro non datur ex æquitate exceptio, nec est æqua vel iusta, de quo aliquid dixi in dicto §. prætor. ❡ Sed op. *de. §. 1. de repli.* cùm dicitur, quòd replicatione resoluitur ius exceptionis, ergo exceptio habet ius, sed credo, quòd ius appellat, quia antequam replicetur, videtur ius habere, imò si replicatum non esset, iustè iudex cōdemnaret: vt latè hic notatur, idcirco dicendũ, quod iustitiam non habet à iure, sed à iudice.

Non omnis Exceptio ex æquitate.

❡ Inferius Bart. quærit, vtrum in pollicitatione insit naturalis obligatio, & allegat glo. 72
1. hîc, quòd non. quod comprobat auctoritate Guilhelmi, & ideo dicit, quòd appellatur quasi debitum, & non dicitur debitum, *vt l. pactum. 2. responsione 1. de pol.* Hæc sunt verba Barto. miror quòd Bart. tam breuiter, & sine maiori pōdere dixerit: Ego profundius hoc examinaui in l. *1. in prin. sup. eodem.* vbi conclusimus naturalē oriri ex pollicitatione, quod intellige secundum ea, quæ considero in c. 1. isto tit. Nec obstant fundamenta Bart. primò dum allegat gloss. ipsam, nihil dicit, nisi quòd vnius consen-

consensus non sit pactum, hoc autem verissimum est *per legem 1. in princ.* quam glossa corruptè allegat. sed ex hoc non sequitur, ex vnius consensu non oriri naturalem obligationem: at si dicas, ex pacto nascitur naturalis obligatio, vt ibi. sed vnius consensus vel pollicitatio non est pactum: ergo ex pollicitatione nō oritur naturalis obligatio. etsi Bartol. voluit facere hanc consequentiam, tamen non cōcludit: non. n. est verū, quod & si ex pacto nascatur naturalis, extra pactum nasci non possit, vt idem docet & fatetur *in l. 1. de cond. inde. 3. col.* & patet in negotiorum gestore, & in delictis, *vt in l. 1. infra de furt. l. 3. §. si furiosi. de negot. gestis.* non obstat text. *in l. pactum. de pol.* per quem tex. secundum Bartol. & Guil. concluditur, quòd etiam quando pollicitatio est efficax, non est debitum verè ciuile, nec oritur naturalis obligatio. & ita quidam moderni Bononiēses hoc anno in circulari disputatione ex Bar. concludebant, sed conclusio sua etsi habeat Bartol. auctorem, quod ibi malè negabatur: tamen, (vt mea fert opinio) non est vera. Imo credo, quòd Bart. & Guil. & sequaces non rectè hæc animaduertūt. Nam ex pollicitatione ob honorem facta, quæ efficax est iure ciuili, ciuilis oritur obligatio: cùm enim talis pollicitatio non solùm iure approbetur, sed ad eam imponatur necessitas, dicendum est deberi ciuiliter, per rationem text. *in l. legitima. sup. eodem. & Inst. de obli. in prin. & in l. obligamur, de oblig. & act.* *& in*

& in l. quotiens. de condi. ex l. & quòd sit ciuiliter obligatus, sæpe asserit Iureconsultus *in l. 1. post princ. ÿ. de polli.* Non obstat, quòd in l. pactum. dicatur *quasi debitum.* nam illa dictio, *quasi*, non ponitur, vt improprietatẽ significet: imo Iureconsultus voluit ostendere id verè esse debitum, scilicet quando ob honorem promittitur, vel quando opus est iam incœptum. Itaque docet, vt debitum exigi posse, non tamen vult negare id esse debitum: Imo fatetur, *vt patet l. 1.* quo ad naturalem verò obligationem, etiam si dixisset impropriè esse debitũ, & non verè debitum, non propterea probaret, eam non subesse: ratio, quia quo ad ius ciuile, naturaliter debitũ nõ dicitur propriè debitum, *l. fideiussor obligari. §. fideiussor. de fideiuss. ÿ.*

Quasi quid denotet.

¶ In glo. † in factis. maxima est dubitatio super declaratione text. quid significet, in stipulationibus ius continetur: in pactis factum versatur, & vt vides secundus intellectus reprobatur à glo. & ab aliis doctoribus duplici fundamento: sed ego satis clarè, & vrgentius videor approbasse eam supr. in tertio notabili. veritas est, quòd iste intellectus, prout à glossa refertur, non est verus: nec ab eadem glo. & doctoribus subtiliter offenditur. igitur falsum erit, quòd pactum ideo sit facti, quia in eo inest naturale ius, & obligatio naturalis: hoc probatur, quia cõsiderato iure nr̃ali, pactum est iuris, scilicet nr̃alis, & ideo vinculum naturale, vel obligatio naturalis, ipso iure 73

Glossarũ interpretatio.

iure naturali contrario vinculo resoluitur, *vt l. Stichum. §. naturalis.* & cum communi opinione satis latè sup. vidimus. Ea ergo ratione non constat facti esse, & ipso iure non posse tolli, cùm ius naturale, vel obligatio naturalis, contraria conuentione resoluatur. quod non esset verum, attenta ratione, quòd in pacto versatur factum, vt patet *in l. nostra.* Respondeo ad legem, nec seruus. de peculio. per glo. al. ad quam non vidi ab aliquo esse responsum, scilicet, quòd ibi non consideratur ius naturale merum pro iure, cùm non habeat iuris ciuilis necessitatem & efficaciam, sed si nos consideramus ius naturale, ius est, & si à iure ciuili pro iure non habeatur, cùm non sit ab eo approbatum. De hoc latius in tertio notabili. sed videamus glossę fundamenta: primum est, quòd naturalis obligatio tollitur per ius ciuile, id est, per stipulationem solennem, *vt l. 1. §.*
74 *illud præterea. de nouatio.* Aduerte tamen, † quòd naturalis obligatio non tollitur per ius ciuile, id est per solennem stipulationem: nam considerandum est, quòd etiam si naturalis obligatio transfundatur in stipulationem, vel tollatur stipulatione, tamen ius ciuile, vel solennis stipulatio, non tollit obligationem naturalem: à iure enim ciuili tolli non potest, *vt in l. has obligationes. de cap. dimi.* sed tollitur vinculum naturale ex alio contrario naturali, quod inest in ipsa stipulatione, quia in stipulatione est conuentio, & quælibet conuentio habet vincu-

vinculum naturale, *vt l.1.ſup.eod.* itaque ius ci-
uile non tollit ius naturale, quia ſtipulatio, in
quantum eſt ſolennis contractus à iure ciuili
introductus, nō tollit ius naturale, ſed inquā-
tum eſt conuentio, quæ ab eodem iure natu-
rali habet vinculum, ideo ius naturale tollit
naturale. Iſto ergo modo argutius gloſſa di-
xiſſet, & idem dicas de fundamento ſecundo.

¶ Glo. in inferioribus tenet, † quòd etiam 75
ſi opponens, de pacto de non petendo fatea-
tur, aliud pactum de petendo poſtea ſubſecu-
tum, vel tale pactum dolo vel metu factum,
nihilominus exceptio durat. Hæc dicit gloſſ.
vnde ſumunt doctores, quòd quādo quis me-
ro iure habet ius, licèt poſſit elidi exceptio-
ne, & iudici conſtet de tali exceptione, non
propterea repellet agentem, imo cōdemna-
bit, niſi fuerit oppoſitum. Bart. ſaluat iſtam gl.
& eam tenet in pacto de non petendo. ſecus
eſt in alio pacto non liberatorio: quia tūc iu-
dex, ex officio ſuo, poterit repellere agētem:
hac ęquitate motus, ne locupletetur cū iactu-
ra aliena. *l. plane. de petit. hæredita.* vnde ſi dolo
vel metu fiat pactum non liberatorium, alle-
gantem, iudex ipſe repellere poteſt. ita Barto.
¶ Super iſta gloſſa ſumma eſt diſſenſio docto-
rum, vt poteris videre modernos Ticinenſes,
qui, vt ſolent, conglomerant doctorum no-
mina, ratione tamen pauca diſtinguunt. Pau-
lus de Caſtro tenet contra gloſſam & Bartol.
qui eam tutabatur, dicitque iudicem ex offi-

cio suo debere ipsum excipientem vel agentem repellere, postquam per propriam confessionem constat de calumnia, *vt notatur in l. 3. §. quòd si actor Cod. de iuramen. calum.* facit quòd etiam in causa restitutionis, si spoliatum non habere ius notoriè constat, non restituitur, sed repellitur, *vt in cap significasti. de diuort.* & tenet Innocentius *in cap. constitutus. de fil. presbyt.* Hæc sunt verba Pauli, ego intensius forsan suam opinionem comprobabo, & considero, quòd prætor dicit pacta se seruaturum, *vt l. iurisgentium. §. prætor. sup. eodem.* hoc tamen edictum prætorium non disponit ipso iure, sed se refert ad iudicium, vt constat ex verbis, & ibi latius declaraui: át prætor in suo edicto, ipsa æquitate naturali fundatur, *vt l. 1. in princip. sup. eodem.* sed cùm pars opponit de pacto de non petendo, & fatetur aliud pactum de petendo posterius factum, probatur deficere æquitatem primi pacti, quæ resoluta fuit ex æquitate contrariæ conuentionis, *vt l. Stichum. §. naturalis. de sol.* nō ergo pactum seruabit prætor, cùm deficiat fundamētum, ex quo se seruaturum promisit. vnde constat iudicem non condemnaturum ex tali pacto. Idem dicendum est in pacto dolo facto: nam intelligit prætor se non seruaturum, *vt in eodem §. prætor. & in §. dolo malo.* ait prætor pacta se non seruaturum. Itaque Bartol. cum glossa non credo in hoc rectè sentiat, quod etiam ex eodem Bartolo subtiliter colliges, *in dicta leg. planè. de petit.*

petit. hereditat. vbi dicit declarando textum illum, quòd iudex ex officio suo respicit æquitatem ex vtraque parte, *vt in l. quod si Ephesi. de eo quod certo loco.* at in illa lege æquitas vniuersaliter summè commendatur iudicis officio, ergo in ista æquitate versatur eius officiũ. Nam si iustitiam consideras, non est particularior ratio legis plane. sup. all. quàm ratio nostri casus, & ita est ibidem de mente Bartoli. & si hic aliud teneat. ¶ At si glossam excusare velis, tam à Bartolo, quàm ab aliis: dic, quòd glossa non dicit, quòd iudex non possit repellere agentem vel excipientem, sed quòd exceptio durat, ex quo non videtur negari iudicis officio repelli posse: sed in hoc cogita. ¶ Ex dictis Bartoli infertur, † quòd vbicunq; contra- 76
ctus est dolo vel metu factus, & pars id confitetur, iudex ex officio suo agentem repellere poterit. Quod ego ratione probo, quia agens agit cõtra rationem & æquitatem naturalem, *vt l. 1. ℑ. de do. excep.* sed cùm contra talem æquitatem agit, maximè ad acquirendum aliquid ex contractu, iudex non obseruat pacta, vt in nostro edicto, *& l. plane. s. al.* ergo, &c. ¶ Hinc quæritur † opportunè, an in talib. cõtractibus 77
dolo factis insit naturalis obligatio? & Barto. *in l. 1. de cond. inde. in 7. colum.* tenet referens indubitanter doctorum sentẽtias, quòd oritur naturalis. idem tenẽt ibi cæteri omnes, & ipse & Communis opinio.
Bal. cum Petro *in l. cum quis. C. de iu. & fact. ig.* dũ tractant materiã literarũ obl. Idẽ videt̃ tenere

Ooo 1 Bart.

Bart. *in l. si is pro emptore.* ꝟ. *de vsucap.* in fictione priuatiua, dum tenet talem contractũ habere formam & omnia essentialia. ¶ Sed ego dubito de ista conclusione. primò, quia naturalis obligatio habet originem ab ipsa æquitate naturali, *vt l. Stichum. §. naturalis. sæpe. al.* sed in talibus contractibus non inest æquitas naturalis: probatur, quia ex æquitate naturali datur remedium contra tales contractus, *vt l. 1. de do. excep.* item strictius vrget ista ratio, si ponderes prædictam legem 1. in his verbis. ideo aũt hãc exceptionem prætor proposuit, ne cui dolus malus per occasionem iuris ciuilis, cõtra naturalem æquitatem prosit. itaque contra naturalem æquitatem est, quem compelli tales conuentiones obseruare, ergo non obligatur ratione naturali eas obseruare. ¶ Secundò probatur, certum est, quòd quo ad obligationem naturalem nihil facit, quòd cõtractus sit nominatus, vel stet in nomine conuentionis, quia in quolibet contractu ideo inest naturalis obligatio, quia est conuentio, & omnẽ licitam conuentionem obseruare naturaliter decet, *vt l. 1. sup. eodem. in princip. & notatur in §. & ideo.* sed prætor, qui in hoc sequitur ius naturale, *vt in ead. l. 1. in princip.* non seruat pacta dolo facta, *vt l. iurisgentium. §. prætor. su. eodem.* ergo talia pacta seruare non dictat ratio naturalis, ex quo sequitur, ꝙ etiã in cõtractibus nominatis non insit obligatio nr̃alis, cùm nomen vel solẽnitas ciuilis nihil efficiat ad ipsam naturam.

¶ Tertiò

Digitized by Google

¶ Tertiò probatur colorata ratione, †quia contractus naturales, vt est emptio, venditio, locatio, societas & cæteri similes, *vt l.1.in fine de contrahend.empt.* sola consistunt æquitate naturali, *vt l.consensu.de oblig.& actio.* §. *Inst.de oblig. quæ ex consensu.& l.has obligationes de capi.diminut.* cùm ergo consistant æquitate & bonitate naturali, si metu vel vi fiant, vel valent ipso iure, *vt l.bona fides in fine infra deposit i.l.3.infra pro socio.l. si mulier.§.si metu coactus.infr.quod met.cau.* eadem ergo ratione apparet, iure ipso naturali non valere, sed ad istam rationem scio quòd potest replicari per inconueniens. 78

¶ Quartò,† facit doctrina Bart. *in l.1.de condi.indeb.pen.col.ibi quartus & vltimus.* vbi Bart. tenet, quòd vbicunque ex æquitate nrali introducitur exceptio, tollitur ipsa naturalis obligatio. cùm ergo causa ipsius exceptionis doli vel metus sit naturalis, *vt l.1.sup.al.* & ista causa inest ab initio, ideo dicendum est, cessare obligationem naturalem, ex qua promissa seruare tenebatur: quippe ex his rationibus procliuior sum in ista opinione. Nec obstat, ꝙ contractus habeat essẽtialia & formalia, quod fateor quo ad formam iuris ciuilis, & essentiam conuentionis, quia non est negandum inesse consensum, sed desunt necessaria, ex quib. naturali ratione ipse promittẽs promissa seruare tenebatur. ¶ Vnde si nos credimus doctorum auctoritati, cõtra eos concludi põt, ꝙ in contractib. stricti iuris, si dolo vel metu fiant, 79

actio erit datiua, id est, sine matre producta, de quo ꝓfundius docui, quàm ab aliquo doctus fuissem, vide in l. iurisgen. §. & ideo.

80 Vltimò referam Barto. dicta quo ad eius intellectum, & ea examinabo. dicit igitur Bart. quòd stipulatio, id est substantia stipulationis, est iuris: quia est verborum obligatio. *l. 5. §. stipulatio. ꝟ. de verborum obligat.* secus est de pacto, qui est duorum consensus: nam duorum consensus factum sonat: vnde cùm pacta tolli non possint verè, *l. in bello. §. facta. de cap. infra.* ius introduxit exceptionem, ex qua fingitur factũ non fuisse, nec fuisse actionẽ, & hoc est, quod sentit lex. non videtur, infra, de regul. iur. cùm dicit, quòd non videtur habere actionem, qui exceptione repellitur. verbum enim, *non videtur,* significat fictionem. idem est, cùm replicatio detur cõtra exceptionem: nam fingitur eam non fuisse. Vnde infert Bart. quòd fictio priuatiua, quæ fingit non esse id quod est, non habet locum in his, quę sunt iuris, sed tantùm in his, quæ sunt facti: nam in factis fingitur, vt hic, quia datur exceptio. sed in his quę sunt iuris, non habet locum fictio, quia ius verè põt tolli. de quo dicit latius se dixisse *in l. si is qui pro emptore.* in fictone priuatiua. hæc sunt verba Bart. ¶ Primò ergo noto, ꝙ substantia stipulationis est iuris, quod clarius & aliter ita declaro. aut. n. stipulatio cõsideratur in illa verborũ reciproca cõceptione, quę fit interrogatione pręcedẽte, & respõsione subsecuta, & tunc

Non videtur, quid significet.

prout

prout pactũ est facti: ita & stipulatio, nã sicut duo consentimus in aliquo faciendo, vel dando, & hoc est factum, ita cùm quid dari fierive nobis stipulamur, hæc verborum conceptio est facti, & si sit tale factum iure ciuili compositum & introductum, & ita loquitur lex 5, §. stipulatio. per Bartolum alleg. & si ipse ad aliud eam citet. Et ita ille ipse intelligit in eodem §. stipulatio. aut stipulatio consideratur in quantum à iure ciuili est introducta: vt vnusquisque possit ius acquirere ex stipulatione, & tunc est iuris, quia ex eo ius conflatur & resultat. Cùm enim ius ciuile modum contrahendi dederit, vt ex illo vnusquisq; ius acquirat in eo, quod sua interest, *vt l. stipulatio. §. alteri. ff. de verb ob.* dicitur ex stipulatione ius resultare, & ex hoc appellatur verbo. obligatio: facit id quod notatur *in l. 1. §. adeo. ff. eod. & in l. an eandem. §. actiones. ff. de re iud.* quod prius est contractus in facto, & ex facto resultat obligatio, & ex obligatione actio: quod Barto. satis clarè docet *in eod. §. an eandem. & l. certi condictio. in prin. si cer. pet.* fatendum tamen est, quòd etiã in illo conceptu verborum insit iuris mysteriũ, quia à iure ciuili fuit introducta conceptionis forma: sed, vt dixi in tertio notabili, hoc nec consideratur, nec est necessariũ ad intellectũ nostri tex. etsi docentes id superfluè cõsiderent.
¶Secũdò noto † ex verbis & mẽte Bar. q̃ ea q̃ sunt iuris, ope exceptionis nõ eliduntur; ꝓbatur ex eo, q̃a exceptio dat̃ per modũ fictionis, ad 81

elidendum ius, sed in his quæ sunt iuris, non cadit fictio: ergo ea quę sunt iuris ope exceptionis non eliduntur. Hác conclusionem clarius colliges ex Bart. *in l. si is qui pro emptore. in 14. col. ibi restat videre, &c.* vbi idē firmat ex mente text. nostri. imo & quod fortius est secundum Bar. ea quę sunt iuris & facti, non possunt ope exceptionis elidi: ratio, quia exceptio fingit, sed in his, quæ sunt iuris & facti non cadit fictio priuatiua: probatur, nam quotiens duo copulatiuè requirũtur ad actum ad eius veritatem requiritur vtrunque, & vno deficiente deficit actus, *vt in l. si is qui 200. §. vtrum. de reb. du.* ꝫ. sed ius à iure tollitur verè, non ergo erit necesse fingere actum nō esse, cùm verè desinat esse, ita dicebat Bar. ibi. Sed de his dictis, & si speciosa ipsa facie videantur, satis dubito: non enim mihi videntur ius sapere. primò ego nō video, quare exceptio fingat actionē non esse: imo cùm eam excludat, *vt l. 2. de except.* ꝫ. præsupponit eam præexistentem. præterea aut nos consideramus pactũ, inquantum est conuentio, & tunc est facti, & in eo habēt locum fictiones, secundum Barto. aut consideramus iura, quæ ex facto vel ex contractu resultant, & in his nō potest habere locum fictio secundum ipsum, sed actio est ius resultans, vt patet in definitione, ergo non potest fingi non esse. Vnde Bar. malè videtur intellexisse regulam, non videtur. de reg. iu. cùm intellexerit, quòd non videtur habere actionem, id est, fingitur

non

Digitized by Google

non habere, qui repellitur exceptione. ¶ Tertiò, quod replicatio non fingat exceptionem non fuisse, nec pactum non fuisse, satis clarè probatur. *Inst. de repli. in princ.* vbi dicitur, quod interdum exceptio iniquè nocet, & ideo datur replicatio. Ecce, quod contra iniquum nocumentum datur remedium replicationis: quod satis ostēdit nocere posse exceptionem, nec fingit eam non esse, vt non noceat. Item subiungit exceptionem esse iniustam, ideo alia allegatione opus esse. scil. replicatione. ergo vtraque præsupponitur. Item subiungit, quod per replicationem resoluitur ius exceptionis, ergo per viam fictionis non resoluitur, sed verè, maximè cum præsupponat id esse ius. de quo superius dixi. Præterea faciunt verba sequentia, in quantum dicitur, quod datur exceptio pacti de non petendo, etiam si obstet contrarium pactum. quia verum est sic conuentum fuisse. ecce quod præsupponitur ipsa veritas conuentionis, & ex eo datur exceptio & contra exceptionem replicatio. Ex his dubito de Bart. doctrina, cū doceat, quod ex exceptione fingatur actionem non esse. itemque ex replicatione fingatur exceptionē non esse ¶ Ex † quo etiam infertur dubium esse, 82
quod in his quæ sunt iuris, non habeat locum exceptio, etsi ex dictis suis contrarium cōcludatur. ad quam dubitationem bene facit, quia videmus eandem stipulationem, quam constat esse iuris, elidi exceptione, *vt leg. si mulier in*

iure. ȷ*. ad Vellei.* item eandem ſtipulationem in eodem caſu. ſc. interceſſionis fœminarum aliquando eſſe nullam ipſo iure, aliquando ope exceptionis, *vt leg. ſi qua mulier. & l. antiqui. C. ad Vell.* item patet in ſtipulatione dolo vel metu facta, contra quam datur exceptio, vt per totum de doli excep. & per totum. quod metus cauſa. Sed reſpondet Bart. *in eadem l. ſi is qui pro emptore*, quod hoc eſt propter iuris repugnantiam, cum enim contractus habuerit omnia eſſentialia: puta contrahentes habiles interrogationem & reſponſionem, & rem quæ in ſtipulatione deducitur, ex qualitate extrinſeca, non poteſt impediri, quin valeat ipſo iure. Fateor, quod iſta ſit ratio, quare producitur ipſa obligatio & actio: non tamen eſt ratio, ex qua fingatur contractum non fuiſſe. imo, cum exceptio ſit fundata ſuper qualitate contractus, puta, quia metu fuit factus neceſſariò præſupponitur conuentio: nam qualitas ſine ſubiecto eſſe non poteſt, item cõſidera, quod non eſſet iuris repugnantia, ꝙ talis cõtractus annullaretur ipſo iure, quia ſæpe contractus annullantur ex qualitate extrinſeca, *vt not. ipſe Bart. in l. vniuerſa. C. de precibus impe. offe.* vt puta, quia non interueniunt conſanguinei vel neceſſarii ex ſtatuto requiſiti, & probatur in cõtractib. bonæ fidei, in quibus nullus eſt contractus dolo vel metu factus, item probatur *in eadem l. antiqui. C. ad Vell. cum ſimilibus*, quæ expreſsè probat annullari ex cauſa extrinſeca, in

eodem

eodem casu, in quo alias ope exceptionis annullabatur iure antiquo: ergo non est ex iuris repugnantia. Vnde non videtur rectè docere Bart. q vbicumque datur exceptio contra ea, quę sunt iuris, vel iuris & facti, est propter repugnantiam iuris. Hæc confirmantur per ea, quę latè traduntur, *in c. dispendia. de resc. lib. 6.* vbi processus aliàs elidibilis per exceptionem iure antiquo, iure nouo annullatur ipso iure: imo vt ibi notatur, quando verba elidentia ope exceptionis repetuntur iure nouo, important, vt introducatur nullitas ipso iure. at rescriptum est ius iterũ scriptum: ergo quæ sunt iuris, ope exceptionis elidi possunt. Nec est dicendum hoc ex iuris repugnantia consistere, cum in eodem casu sit nullum, quo antiquitus erat elidendum. Quod argumentum in testamentis, & in aliis casibus sępe verificatur. Hæc sunt quæ in cõmento huius. §. considerabam, & te lectorem rogatum vellem, ne tui nostra & noui hominis opinione, sed alta librataq; mente iudices. Ego enim (vt in propriis cuiq; euenit) nostra legens quandoq; ita afficior, vt non Fortunium, sed antiquæ autoritatis virum legere videar, quo fit, vt ab aliorum doctorum sententiis me liberum mihi persuadens, in nostras passim, & nouas opiniones facile incliner. sed tu medius mediam teneas sententiam. Fortun. Garcia. I. V. Doct.

FINIS.

REPE-

REPETITIO EIVSDEM Fortunii Garsias subtilissima & exactissima super Cap. I. de Pactis. diligenter recognita, & à mendis repurgata, notis item & argumentis de nouo auctior facta.

SVMMARIVM.

1 *Iuris Canonici commendatio.*

2 *Pacta licita de iure canonico habent praecisam cõpulsionem, & nu. 14. & nu. 53. & seq.*

3 *Ecclesia, aliena disciplina non cogit, sed sua.*

4 *Pactum nudum de iure canonico habet praecisam compulsionem, nec succedit Interesse, & nu. 87. 88. & seqq.*

5 *Iuris naturalis transgressio non est sine Peccato, & num. 18.*

6 *Conuentionem licitam qui non obseruat contra tria iura peccat.*

7 *Principi, qui nõ obedierit, morte mori praecipitur, & nu. 144.*

8 *Ecclesia quibus remediis aliquem cogat?*

9 *Ex Pacto nudo oritur de iure canonico ius Agendi, & quare, & nu. 24.*

10 *Quod ex Pacto nudo, non oriatur actio & obligatio disputatur contra communem, & nu. 11.*

12 *Actiones habuerunt originem a iure ciuili, & numer. 30.*

13 *Arma propria contra dantem non sunt retorquenda.*

15 *an,*

35 an quia Officio Iudicis proceditur, ob hoc negetur Obligationem & Actionem ortam?

36 Naturaliter cum aliquid debetur an procedatur Denunciationis via?

37 Correctio legum, non debet introduci per subauditiones.

38 Lex ciuilis an Corrigatur quia de Iure canonico ex Pactis nudis actio oriatur? & nu. 42.

39 Pacta nuda nec approbantur, nec reprobantur à lege, secundum quosdam. & nu. 57. & nu. 60. & nu. 118. & nu. 144.

40 Statutum disponens quod ex Pacto nudo agi non possit, non valet.

41 Actus quando sine Probibente in esse deduci non põt superfluũ est, talẽ actum probibere & ibi. quod ius ciuile nõ probibeat ex Pactis nasci actionem.

42 Correctio non habet locum in Omissis. & nu. 140.

43 Ius Canonicum habet ius naturale & sociam æquitatem.

44 Fides quid secundum Ciceronem?

45 Lex in tantum dicatur, habere rationem & vim legis in quantũ similatur legi naturali & æternæ, & ibi de Iuris canonici æquitate, & nu. 144.

46 Ciuile quod est, non idem continuo gentium, quod autem Gentium, idẽ ciuile esse debet, & nu. 106.

47 Intellectus §. sed cum nulla & §. quinimo l. iurisgentium. ff. de pactis.

48 Pacta quare quædam dicantur nuda.

49 Ius canonicũ nullã constituit Pactorũ differentiã.

50 cur Ius Ciuile probibeat ex pactis nudis actionem nasci, disputatur.

51 Pacti

Digitized by Google

73 De-

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

tum. C. de donationibus & §. perficiuntur. Insti. de Donationibus.

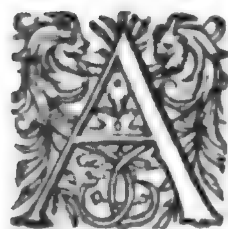
141 *Conuentione nuda Dos efficaciter constituitur.*

142 *Constitutum an sit Contractus nominatus?*

143 *ex Compromisso an quis teneatur ad interesse etiam de iure ciuili, quamuis factum fuerit nuda Conuentione?*

144 *Pacto nudo si Vsuræ, promittantur Ciuitatib. & pro frumento, efficaciter debentur; & ibi quod vsuræ lege diuina probibeantur.*

145 *an Pactum contrarium resoluat secundum ius Canonicum Stipulationem?*



NTIGONVS Episcopus. Etsi hominem satis nouum iuris ciuilis principia nouissimè enucleantem atque declarantem in superioribus videris: nũc etiam iuris canonici latiuscula in cõtractum obseruatione ipsa iustitia inuestigantem audire libeat: quippe ex inferiorum lectione clarè colliges, adeo necessariã † iuris peritis canonici 1 iuris cognitionem, vt pleriq; ignoranter sibi persuadeant (& si ius canonicum non calluerint) ius & iustitia in quo versentur, se nõ ignorare. Sicut enim ex quatuor elementis quasi sibi obsistentibus tota connectitur & consistit natura, ita ex vtriusque iuris ratione & præceptis, facie ipsa sibi refragantibus, iustitia perpenditur conseruatur, & sibi cõstat. At cum sit perpetua sibique omnino constans, si

Iuris canonici cõmendatio.

totam tibi non habeas, nec partẽ habere credideris. ¶In c. isto sequar repetendi ordinẽ cõsuetum; nec quidquam dicendum erit super rub. continuatione. Primò igitur sumabo tex. & notabilia colligã, & ex his inferam. Secũdò glossas simul cũ doctorum opinionib. examinabo: tertiò aliqua à doctoribus in proposito dicta, dubia esse ostendam. ¶ Vnusquisq; ecclesiæ subdictus ecclesiastica disciplina, pacta licita obseruare compellitur, hoc dicit.

2 ¶ Primò not. ex text. † quod pacta & conuentiones, dum sint licitæ, de iure canonico habent pręcisam compulsionem: q̃ est singulare, & contra doct. opinionem: attamen tex. noster id tenet. probatur, cum dicit, q̃ si conuentus nõ seruauerit promissa, ecclesiasticam sentiat disciplinam: at ista verba idem sonant, ac si diceret: coerceatur sententia interdicti, aut suspensionis, aut excommunicationis secundum pœnam magis rei congruentem, vt in c. quærenti. j. de verb. signi. ergo his pœnis cõpellitur quis obseruare promissa: & ita sentit do. Abb. *hic in secundo notabili.* Vnde malè intelligebat dom. Card. hic, cui etiam in hoc assentit dom. Abb. *hic in fina. verbis.* q̃ text. noster in ista alternatiua (*aut conuentus si non se cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam*) non inducit præcisam compulsionem, sed excommunicationem vel suspensionem, ideo competebat tantum officium iudicis: nec pars poterat petere præcisè obseruantiam pacti. dominus Abb.

Singulare.

Abb. fatetur ponderationem ipsius Cardin. sed ipse dicit aliter considerandum, scilicet quod etiam si Antigonus episcopus disiunctiuè proposuisset, tamen concilium respondit assumendo vnam partem disiunctionis: hoc est, pacta esse seruanda: vnde pacta sunt seruanda, & compelletur quis præcisè ad eorum obseruantiam: *argumen. tex. in ca. nonne. infra de præscript. hæc dicit dominus Abb.* ¶ Certè, vterque nec subtiliter, nec rectè videtur text. interpretari: & ego ignoro qua ratione: cum in aliquo præcepto ponitur censura vel disciplina ecclesiastica, ob hoc ipsum non credatur compulsio præcisa: Probatur nostra dubitatio, quia cum ius canonicum vult aliquem compellere, procedit sua disciplina, & coercitione, vt videmus *in cap. 1. de offic. deleg. in capit. præterea. eod. titul. & per totum ius canonicum.* Imo si est aliquis casus in mundo, quo ius canonicum possit compellere, debet compellere disciplina ecclesiastica, † quia eccle- 3
sia aliena disciplina non cogit, sed sua, *vt in capitul. cum non ab homine. de iudicijs.* ℸ. Itaque ego ignoro quid sibi velit dominus Cardin. ¶ Nec dominus Abb. rectè sentit diuersitatem inter dicta ipsius Antigoni, & dicta ipsius concilii. quod ego manifesta ratione ostendo. Nam concilium ea ratione dixit, quod pax seruetur, & pacta custodiantur: quia voluit confirmari quod Antigonus dixerat, & ideo dicendum est, non dissensisse

ab alternatiua Antigoni. imo cum pacta præcipiãtur obseruari, aut vnusquisq; placidè obseruet quæ promisit: aut si quis noluerit ea obseruare, sentiet ecclesiasticam disciplinam, id est ecclesia sua coertione eum coget. Itaque idem est sensus & Antigoni & concilii: imo clarior & distinctior fuit propositio Antigoni, quam confirmatio concilii. quia Antigonus dicebat pacta esse seruãda, aut qui ea non obseruauerit, sentiet ecclesiasticam disciplinam: Concilium dixit simpliciter pacta esse seruanda: tamen in hoc præcepto includitur vtrumque. ¶ Ex his infero, quod etiam pa-
4 ctum † nudum de iure canonico habet præcisam cõpulsionem: nec succedit interesse, etiam si obligatio sit facti: probatur ex superioribus, & clarius ex mente nostri tex. quem tu semper teneas menti. Nam hic dicitur, ꝙ aut cõuentus se cohibeat, aut sentiet ecclesiasticam disciplinã. Notandum ergo, ꝙ se cohibere promisit, & sit factum, & tamen tex. nõ dicit, ꝙ si non se cohibeat, soluat interesse. sed ꝙ sentiet ecclesiasticam disciplinam, id est interdictum: vel excõmunicationem vel suspẽsionẽ, *vt in d. c. quarenti.* ꝙ si successisset interesse, illud posuisset in alternatiua: de hoc inferius tractabimus. ¶ Tertiò noto, quod per ista verba *(pacta custodiantur)* introducitur præceptum necessarium, adeo quod ecclesiastica disciplina quis cogitur custodire ea: nã hic, vt vides, ex hoc fuit cõfirmata propositio epi. qa dixe-

dixerunt vniuersi, *pacta custodiantur*. sed episcopus dixerat, quòd aut conuentus obseruaret quæ promisit: aut si non obseruaret, sentiret ecclesiasticam disciplinam. Ergo ex his verbis (*pacta custodiantur*) imponitur necessitas, sub ecclesiastica disciplina. Nec mirum, nam hoc videtur habere summā rationem, quia pacta iure naturali seruantur, *vt l.1. in princ. ff. eodem. l. Stichum. §. naturales. de solut. ff.* sed † transgressio 5
iuris naturalis, non est sine peccato, *vt in c. fin. de consue. sup. al.* cùm iuris canonici finis maximè tendat ad salutem animarum, *vt in c. nouit. de iudi.* ⁊ *in c. ecclesia sancta Maria. de const.* satis igitur cōgruit, vt, pacta & cōuentiones, à canonico iure custodiri præcipiantur, & de facto non custodientes, cogantur ecclesiastica disciplina. Hoc confirmatur, quòd vltra terminos iuris naturalis inest præceptum canonicum. Vnde ex eodem pręcepto imponitur necessitas, sub peccato & excommunicatione, *vt in c. si quis. de maio. & obed.* ⁊. rectè ergo cogitur ad id obseruādum. Vnde hic possumus notare text. vt supra inductum ad id quod notatur *in auth. sacramenta. in verbo, obseruandum. de rescind. vend. & in l. statuas. de acquir. rerum domin.* ¶ Ex his etiam inferas, quòd quilibet Christianus † non ob- 6
seruans licitam conuentionem, saltem cōtra tria iura dicetur peccare, primùm contra ius naturale, quod versatur in pactis & cōuentionibus obseruandis, *vt in sup. alleg. l.1.* secundum, contra ius gentium & naturale, quo maiorib.

& iuri canonico obedire tenemur, *vt in l. veluti. ff. de iustitia & iu.* & quia diuino iure si quis
7 non obedierit † principi, morte mori præcipitur, vt legitur libro Regum, quòd ius diuinum est naturale, *vt in §. in lege. 6. distinctione.* Tertium contra idem ius canonicum, quod pacta obseruare præcipit. ¶ Secundò inferas, quòd sicut, quando iure ciuili aliquid pręcipitur, ex eodem iure datur remedium ad præcepti executionem, quod est actio & exceptio, *vt l. statuas. de acquir. rerum dom. notatur in auth. sacramenta. C. si aduer. vend.* ita de iure canonico, cùm aliquid præcipitur, tale præceptum habet in se remedia canonica ad eius effectũ & executionem. Quæ quidem remedia sunt
8 ecclesiastica cohercio † & disciplina, quæ in excommunicatione vel interdicto vel suspensione cõsistit, *vt in d. c. querenti. de quo inferius latius.* ¶ Sed contra superiora stat arg. videmus enim eodem modo iure ciuili esse præceptũ, vt pacta custodiantur, *vt in l. iurisgentiũ. §. prætor. ff. eodem. & l. 1. in princip. eo. tit.* quinimo per verbum, *omnino*, quod est pręcisum, ea custodienda dicuntur, *l. si quis in conscribendo. C. de pactis.* & tamen videmus, quòd nõ ex hoc datur necessitas executionis à iure ciuili, cùm non detur actio, *vt in l. iurisgentiũ. §. sed cum nulla. & §. quinimo. eod. tit. ff.* Respondeo, quòd non est præceptum iuris ciuilis, sed prætorij, quod quidem noluit præcipere taliter, vt actionem constitueret, quod inferius clarè videbis.

Omnino verbum præcisum.

¶ Quar-

Digitized by Google

¶ Quartò noto ex tex. quòd ex pacto † nudo 9
de iure canonico oritur ius agendi, quod tali
ratione probatur. Quandocunque lex præcipit aliquid seruari, aut custodiri, oritur actio
in tali casu, *vt notatur in authent. sacramenta puberum. C. si aduer. vendi. & ibi Bart. l. statuas. de ac. rer. domin. ff.* sed hîc dicitur à lege canonica, pacta
esse custodienda, ergo oritur actio de canonum iure. isto eodem argumento vtitur Bart.
in l. si quis pro eo. de fideiussor. in 2. colum. in medio. vnde isto modo poterit saluari gloss. hic, quam
pungit Ioan. Andr. & sequitur d. Abb. dicentes: quod hic expresse dicitur, actionem nasci,
& non ex argumento, prout glo. dicebat. Sed
potest dici argumentatiuè, vel virtualiter cõprehendi: quia vt dixi, talis debet formari ratio, vel argumentum, vt ex hoc tex. eliciatur,
actionem ex pacto nudo oriri. Nam expressis
verbis id non dicit: si enim id expresse diceretur, tanta dissensio & controuersia inter docentes non esset. ¶ Habes ergo, quòd ex conuentione nuda de canonum iure oritur actio:
in hanc sententiam sunt communiter doctores. Sed Innoc. hic & Ioan. de Imol. *in Rep. cap. cum contingat. ꝟ. de iureiur. Salice. & Richar. de Salitet. in l. legem. C. de pactis. Ange. in § in personam. quasi ad finem. Instit. de act. & demum domin. Ias. in l. iurisgentium. § sed cum nulla.* dicit, quòd omnibus
adductis pro cõmuni opinione potest responderi, & ita respondet, & responsiones fortificat. Quasi idem facit hic Feli. cùm nõ respondeat

Communis opinio.

deat

deat fundamentis contra communem adductis, nec eorum responsiones tollat. ¶ Profectò quæstio est ardua, & vt ego publicè disputabam, si perpensius quàm docentes scribunt in ista quæstione non consideretur, facile posset teneri contra communem cõclusionem, sed (attenta vera ratione) vera erit communis sententia. Primò igitur fundabo opinionem Innocẽtij: deinde adducam rationes communis opinionis, & plures solutiones incongruentes abijciam. Vltimò veritatem aliter declarabo, quàm ego vsquam viderim.
10 ¶ Primò, quòd non oriatur actio, facit, † nam officium Iudicis negat actionem, cùm neget ipsam obligationem, *l. qui per collusionem. ff. de ac. emp.* sed in isto casu datur officium iudicis. Probatur à fortiori: quia etiã pro obseruantia iuramenti competit officium iudicis *in c. fin. de fo. compet. lib. 6.* ergo pro obseruantia promissorum, quia per iuramentum Deo promittitur, *vt in c. debitores. de iureiuran.* ℸ. Hoc fuit fundamentum Io. de Imol. ¶ Secundò probatur,
11 † quia quando aliquid est debitum naturaliter tantùm, ex qua naturali obligatione quisque tenetur sub peccato, proceditur per viam denunciationis officio iudicis. Ratio, quia vbicunque versatur peccatum, habet locũ talis denunciationis via, *vt in c. nouit. de iudicijs.* ergo procedetur per istam viam: quandocunq; aliquid ex pacto nudo debetur. Hoc erat fundamentum Innocentij *in d. c. nouit. in 1. col. in medio.*
can-

eandem rationem confirmat Bart. *in extrauag. ad reprimendam. in verb. denunciationem. in 1. col ad finem.* ¶ Tertiò facit ratio Ang. de Aretio, & modernorum: nam si ex pacto nudo de iure canonico oritur actio, in hoc corrigitur regula iuris ciuilis, quæ traditur *in l. iurisgentium. §. sed cum nulla. &* §. *quinimo. ff. eo.* sed ad correctionem non est facienda subauditio, *vt in c. cupientes. §. quod si per viginti. de act. lib. 6.* ergo hic non debemus subaudire pacta esse nuda, eò maximè, quòd etiam si subaudiamus per aliũ modũ, posset prouideri, scilicet per viam denunciationis. ¶ Addas quartum fundamentum tali considerationi. Certum est, † ꝙ actiones 12 habuerunt originem à iure ciuili, *vt in l. 2. §. de inde. de orig. iur. ff. Bar. & cæteri in l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure.* constat idcirco, quòd ius canonicũ eas assumpsit à iure ciuili, quod omnes fatentur *in cap. dilecti. de iudicijs*]. quomodo ergo ab eodem iure ciuili habebit actionem cõtra ius ciuile? videtur enim hoc cõtra rationem text. *in c. 1. de proba.* Arma enim propria † non sunt 13 contra dantem retorquenda: nec quisquam contra se ea dare tenetur. Facit ratio text. *in l. non tantùm. §. emancipatus. ff. de contra tab. bon. poss. & in l. legata. de adim. leg. ff.* ¶ Item si actio est ius persequendi in iudicio, quod iure ciuili debetur, *vt patet in definitione l. nihil. de oblig. & actio. ff. in princ. Instit. eodem.* si iure ciuili est indebitum, videtur quòd actio competere non possit: ius enim canonicum ex se, nisi à iure ciuili non

Communis opinio.

habet

Digitized by Google

habet actiones. ¶ Quintò adde pulchrã considerationem, nam tex. noster dicit pacem † &
14 pacta esse seruanda. Vtrunq; ergo sub eadem ratione concludit: imo maior ratio videtur in pace, quàm in alia conuentione. Videmus tamen, quòd obseruatio pacis fit per viam denunciationis, & officio iudicis: *vt in c. nouit. de iudicijs:* ergo eodem modo obseruatio aliarum conuentionum. Nam id, quod dicitur pacem esse seruandam, declaratur per *c. nouit.* scilicet per viam denunciationis, ergo declaratur tex. noster, qui dicit pacta & pacem esse seruandã: Imo cùm (vt dixi) in pace videatur maius obseruationis vinculum, si in pacto pacis ordinaria cõpeteret actio, non subueniretur officio iudicis, & per viam denunciationis. Hæc sunt quæ pro ista singulari opinione adducuntur à doctorib. & quæ ego addere decreui. ¶ Contraria cõclusio communis habet plura fundamenta. Primum est text. noster, quem induxi, sed respondent primò, quòd tex. noster se refert ad firmitatem quam pactum habet de se, confirmatur ergo robur antiquum, scilicet si pacta sunt vestita, habebunt actionem suam, si nuda, exceptionem, nec de nouo additur robur, prout in simili dicitur, in confirmatione in forma communi *in c. 1. & per totum de confir. vtili vel inutili.* ¶ Alij respondent, ꝙ etiam

Singulare.

15 si in nostro text. dicatur pacta † esse seruanda, nõ ob hoc sequitur, actionem ex pacto nudo oriri: quia videmus ꝙ etiam in iure ciuili pacta di-

cta dicuntur esse seruanda, *vt in d.§.prætor. & in l.1.& in d.l.si quis in conscribendo.* attamen non ex hoc datur ortus actionis, *vt in d.§.cum nulla. & §.quinimo.* ¶ Ego satis miror, quòd hi patres tam antiquæ auctoritatis,quasi iuuenili errore ducantur: primò ergo dicendũ opinor,eos forsan nõ rectè interptari tex.nostrũ. q̃a text. noster non se refert ad firmitatẽ iuris prioris roboris: sed ad factũ, & ad facti firmitatẽ. qđ ita declaro. Considera,ꝙ hic fuit posita alternatiua, ꝙ aut pacta suam obtinerent firmitatem, aut si non obtinerent, esset coercendus conuentus ecclesiastica disciplina:quasi diceret,si conuentus non seruauerit quod promisit, ecclesiasticã sentiet disciplinam: ergo firmitas ad factum se refert,quod tibi tripliciter probo. ¶ Primò, quia text.se ipsum declarat in his verbis(*aut conuentus.si non se cohibuerit*) ecce, quòd in hoc consistebat firmitas, s.vt conuentus se cohiberet,prout promisit. secundò probatur, quòd ad præteritum robur à iure ciuili competens, non possit referri: quia cogitur sub disciplina cohibere vt promisit. De iure autem ciuili alternatiuè tenetur ad promissionem facti, vel ad interesse, *vt l.stipulationes non diuiduntur.ff.de verbor.obliga.* Tertiò, quia ratum refertur ad ius: firmum aũt ad factum: ita est gloss. notabilis *in l. id quod pauperibus. de episcopis & cleric. C. Bar.l.metum.§.volenti. quod metus causa ff.* Ex his ergo apparet verus intellectus nostri tex. quẽ non inuenies ab aliquo ita decla-

Digitized by Google

declaratum. ¶ Item videtur etiam in alio peccare modernus Sandeus, cùm ipse doceat, q̄ si pactum est nudū, suam obtinet iuris firmitatem, scilicet, quo ad exceptionem: quia ex eo competit exceptio. itaque secundum sensum eius, tam in pactis nudis, quàm etiam in vestitis potest verificari. ¶ Ego verò dubito, an rectè ipse dicat, quia si pactū haberet à iure firmitatem, etiam si fuisset nudum, producit actionem. Ratio, quia cùm à lege dicitur pactum tale debere habere firmitatem, ex hoc comprobatur. Casus est expressus, *l. legitima. ff. eod.* & ita dicebat ibi Bartol. & clarius declarat Bal. quod siue haberet robur, siue confirmationem, siue firmitatem, ex hoc erat pactum legitimū, & ideo producit actionem ipso iure, si fiat ad agendum, & tollit eam ipso iure, si fiat ad tollendam obligationem, per text. ibi. nō ergo ope exceptionis, & sic malè dicit Felinus. ¶ Item considera, ex hoc videtur pungi posse do. Innocent. hic, cùm exponat, pacta scilicet legitima: nā si legitima sunt, sunt à lege confirmata, & ideo actionem producunt, *vt in ea. l. legitima.* quod ipse negare intēdit. sed dom. Inno. intellexit pacta legitima, quę legibus nō obsisterent: id est, pacta nec dolo malo, nec aduersus leges facta: quia illa à prætore non seruantur, *vt l. iurisgentium. §. prætor.* sed Iureconsulti strictius assumpserunt pacta legitima, quia tunc sunt legitima, cùm lege vel producuntur, vel confirmantur. & ideo tunc

Legitima pacta quæ.

produ-

producunt actionem, & eam tollunt. Sed si sunt pacta † nuda non confirmata à lege, tunc 16 sunt pacta præter legem: ideo non sunt legitima. & etiam in his intelligitur tex. noster, quia hic omnia pacta licita cõfirmãtur, & deinceps omnia pacta nuda dum sint licita, possunt dici legitima: quia lege canonica confirmantur, vel melius dicentur canonica pacta. ¶ Item contra Felinum videtur posse argui, quia pacta nuda, ad agendum tendentia, nullã habẽt firmitatẽ: imo dicuntur nõ valere, *vt in l. iuris gentium. §. sed cum nulla. & §. idem Marcellus. & §. idem responsum.* sed hic ex pacto agebatur, & erat pactum ad agẽdum, ergo erat nullum, ergo nullam habebat iuris firmitatem. itaq; ista firmitas nostri tex. non potest referri ad pacta nuda, si firmitatem intelligas aliàs à iure ciuili consistentem, & ideo Salicetus, & Angelus cautius loquuntur, cùm referant talem firmitatem ad pacta vestita, & non ad nuda, sed adhuc ipsi non rectè vt supra. ¶ Item nec prædicti patres bene sentiunt, quòd ex eo, quòd iure canonico tradatur, pacta esse seruanda: † non sequitur actionem ex pactis oriendam, 17 quia idem esset de iure ciuili. ¶ Aduerte, quòd aliter dicitur à iure ciuili, nam aut consideramus ius ciuile distinctum à prætorio: & tunc iure ciuili de pactis nudis nihil, aut consideramus ius ciuile vniuersum, *vt l. ius ciuile. la. 2. ff. de iustitia & iure.* & fatendum est, prętorem dixisse, se pacta seruaturũ, scilicet in iudicio, *vt l. 2.*

§. eodem tempore. de origin. iur. sed videmus, quòd ista obseruantia non est simplex, sed restricta ad terminos iuris ciuilis: nam vestita obseruat actione: nuda exceptione, si ad liberandũ tendant. Si verò ad obligandum, non obseruat, *vt in dicto §. sed cum nulla. & in §. quinimo.* ergo voluit non excedere terminos iuris ciuilis, nec voluit sequi terminos simplices iuris naturalis: cum iure naturali, eadem fidei ratione, omnia pacta, & nuda, & vestita obseruentur, *vt in l. 1. sup. eodem.* sed iuris canonici intentio eadem est cum iure naturali, quia eodem modo peccatur in nudis, prout in vestitis: ideo in iure canonico non debemus dare istam restrictionem, contra rationem suam, quod inferius latius ostendam.

81 ¶ Secundò pro communi † opinione facit tex. *in c. qualiter.* ͂j. *eo.* vbi dicitur studiosè agendum esse, vt ea, quæ promittũtur opere compleantur: nam verbum, *promißio,* ita cõprehendit pactum nudum, prout stipulationem: imo & pollicitationem, *vt in l. sciendum. §. dictum. de pol.* ergo in illo tex. cõprehenduntur pacta nuda vi verborum, & etiam rationis: quia eadem ratio naturalis versatur in obseruandis nudis, quæ versatur in vestitis. *l. 1. ff. eo. & ibi dixi.* Idcirco eo. modo obseruabũtur iure canonico: qa cum iuris diuini, vel naturalis transgressio, salutis periculũ inducat, *vt in c. fin. de consuetudine.* Iuris canonici ratio & intentio semper cõformat iuri nr̃ali, *vt in c. filius. & in c. cũ esses.* ͂j. *de test.*

Vnd

Vnde cōcluditur tex. *in c.qualiter.* habere locū in pacto nudo, ¶ Ex hoc destruuntur duæ solutiones, quas dedit do. Iason *in l.iurisgen.§.sed cū nulla.ad d.c.qualiter.* prima, ꝙ text.ille debeat intelligi, quando stipulatione aliquid ꝓmittitur, & non quando pacto: quippe eadem ratione, & significatione verborū comprehenditur pactū & stipulatio: imo & pollicitatio, vt elegāter poteris videre, quæ diximus *in l.1. in prin ff.eo.* & dicemus infrà. ¶ Secunda est, ꝙ loquatur in piis causis: profectò tu ipse vides, quantū restringat tex. simpliciter, & simplici ratione loquentem: quāto magis, ꝙ errato timore falsæ opinionis eā restrictionē docet, s. ne iura ciuilia corrigātur. at ego clarè inferius ostendā, ex hoc nullam sequi correctionem. ¶ Tertiam solutionē ipse dedit, ꝙ loquat̃ per viam denūciationis: tamen & si ista vera sit in se, negari non pōt text. ibi nihil dicere de denunciatione, sed tantùm præcipere, vt ꝓmissa opere cōpleantur: ex quo præcepto sequitur necessariò obligatio & actio, vt videbis.

¶ Tertiò facit vulgata quædā ratio † inter simplicē loquelam & iuramentū, Deus non facit differentiā, *vt in c.iuramēti.22.q.5.* Sed iuramentum obligat iurantem, ergo & ꝓmissio ꝓmittentem. Sed si dixeris, ꝙ ad iuramenti obseruantiam iurās cōpellitur per viam denunciationis, *vt in c.fi.de foro comp.lib.6. & vt dicebat. imo & cōstat ex c nouit.de iudiciis.* J.qđ fateor: tñ ego tibi probabo iuramentū habere necessitatē: 19

vt obſeruetur: ex quo ſequitur habere obli-
gationem, *vt in l. obligamur. de oblig. & actio.* & ex
obligatione naſcetur actio, tanquã à cauſa ſuf
ficiente, & non impedita. ¶ Quartò facit ra-
tio, quam ego intẽſius cæteris declaro, & con-
ſidero, quòd in iure canonico diuinæ obſe-
20 quitur volũtati, quia cùm ſummus † pontifex
legiſlator, vices Chriſti gerat, *vt clem. 1. de iure-
iurand. in princip.* eius exemplo media iuſtitia o-
mnia diſponit, *vt in c. ſignificaſti de electione.* Hinc

Christi actio nostra instructio.

vulgò dicitur, omnem Chriſti actionem no-
ſtram inſtructionem fore: & hoc conſtat *ex c.
vno. vt eccleſi. benefi ſine dimi. infra* ibi: vt noſtrum
prodeat à vultu Dei iudicium, &c. vnde fit, ꝙ
ius canonicum ſemper aſſiſtit iuri & volunta-
ti diuinæ. & dicebat Auguſtinus *in epiſto. ad Ca-
ſulanum. quod refertur in cap. fin. 9. diſt.* quod cùm
21 in naturali † iure nihil aliud pręcipiatur, quàm
quod Deus vult fieri, nihilque aliud vetetur,
quàm quod Deus prohibet fieri: deniq;, cùm
in canonica ſcriptura nihil aliud, quàm quod
in diuinis ſcripturis & legibus inueniatur: di-
22 uinæ verò leges natura cõſiſtant: patet † quòd
conſtitutiones eccleſiaſticæ vel etiam ſecula-
res, ſi naturali iuri contraria probantur, peni-
tus ſunt excludenda: Hæc ſunt verba Auguſti-
ni. Conſtat ergo ex his, legem Dei eſſe legem
naturalem, quod etiam aliorum auctoritate
probatur. Nam ius & ratio naturalis, ex qua
ad bonum & ad debitum finem ducimur, par-
ticipat de lege æterna: homini enim à natu-
ra tri-

ra tributa est ratio, qua diuino lumine iusta cognoscit, & sequitur, vt inquit Psalmista: Signatum est super nos lumen vultus tui Domine, quod est, lumen rationis naturalis, qua discernimus quid sit malum, & quid bonum, & malum euitare, & bonum sequi inclinamur: quod prouenit à lege diuina & æterna: ita declarat S. Tho. *1.2. q 91. artic. 2.* Hinc Tullius legem naturæ sanctissima voce depinxit, cùm in 3. libro de Republica inquit: † Est quidem ve- 23
ra lex recta ratio naturæ congruens, diffusa in omnes, cõstans, sempiterna, quæ vocat ad officium iubendo, vetãdo à fraude deterret: quę tamen nec probos frustra iubet, aut vetatur, nec improbos iubendo aut monẽdo mouet. Huic legi nec propagari fas est, nec derogari ex hac aliquid licet: nec tota abrogari potest: nec verò, aut per senatum, aut per populũ solui hac lege possumus. Nec est quærendus explanator aut interpres eius: nec erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac. Sed & omnes gentes, & omni tempore vna lex & sempiterna, & immutabilis continebit. Vnusq; erit communis, quasi magister & imperator omnium Deus: ille legis huius inuentor, disceptator, sator: cui, qui non parebit, in sese fugiet, ac naturam hominis aspernatur hoc ipso, licèt maximas pœnas etiamsi cætera supplicia, quæ putantur, effugerit. Hæc ipse Marcus Tullius, ex cuius sententia satis nobis constat, pacta etiam nuda † vera iustitia 24

æterna & diuina, & iure omnium communi esse seruanda. Cuius lege naturæ, id est, Dei præcepto, ea custodiéda cognoscamus. Et hęc est ratio, quare iuris canonici intétio semper astipulatur iuri naturali: aliàs enim dissideret à lege & voluntate diuina, quam præcipuam sequitur ius canonicum, vt suprà, & probatur *in c. filius. de testa.* vbi pontifex testatur, lege Dei se viuere & constituere, non lege huius seculi. Cùm igitur iure naturali omnes licitæ conuentiones sint seruandę; & ex eodem iure naturali nascatur obligatio naturalis, *vt l. Stichũ. §. naturales. de sol.* sequit' iure canonico eo. modo obseruari: nascet' igit' obligatio canonica.

25 ¶ Quintò pro ista parte facit, nã regula est iuris: quod cùm ab aliqua lege † cõuentio cõfirmatur, roboratur vel rata habetur, ex hoc oboritur eiusdem legis vinculũ, & obligatio: probatur *per l. legitima. ff. isto tit. & in l. ex hoc iure. de iust. & iure iuncto §. omnium. Insti. de obli.* vbi cõtractus iurisgentiũ, ea ratione (quòd sint confirmati vel roborati à lege ciuili) producunt obligationes ciuiles. *Idem probatur in d. l. iurisgentium. §. sed & si. & in l. naturales. de præs. ver. optimus est tex. in §. per traditionem Inst. de rer. diui.* Sed non possumus negare, licitas cõuentiones & pacta esse confirmata, vel roborata, ratáve habita à iure canonico, vt patet per text. nostrũ: ergo ex his oritur canonica obligatio, & ex eadẽ obligatione necessariò nascetur actio. Vnde hac attẽta ratione falsum erit cõpetere officium

ficium iudicis in defectũ s. actionis. Et ita debuisset argumentari Felin. Sandeus: nõ prout ipse falsò argumẽtatur, quòd ex eo, quòd pactum habeat concursum iuris diuini & naturalis, habebit actionem ex leg. legitima: nam ista actio, quæ oritur ex concursu, datur ab eadem lege concurrente: si enim lex ciuilis concurrit, actio oritur ciuilis. Sed nec à iure naturæ, vel diuino sunt actiones, ideo non ob hoc probatur actionem oriri, quòd illa iura concurrant, sed ex concurrentia iuris canonici, quod pacta confirmat & mandat obseruari. Præterea etiam ante ius canonicum erat concursus iste in pactis, & tamen non ob hoc oriebatur actio. Item id considera, quod falsum est, ex solo concursu legum ortum actionis causari: nisi ita cõcurrant, vt pacta confirment, vt ibidem contra communem opinionem substineri posse tenuit. At offert se argumentum: nam si lege id debetur: quod in actis deducitur, ergo pacta rata habentur, ergo ex his oritur actio *per legem legitima, & per §. per traditionem.* Tamen negari potest taliter rata haberi, vt pacta fiant efficacia, per ea, quæ dixi *in ead. l. legitima. 4. char. in fi.* quibus hæc adde.

¶Sextò adduco rationem *ex c. quotiens. ȷ. eo.* vbi ratihabitio † põtificis vel eius assensus solidat 26
pacta pro partium securitate. ergo erũt efficacia omnia pacta licita, cùm ea habeãtur à Roma. põtifice rata. Nec respõdeas, ꝙ ibi loquit̃ de ratihabitione specialiter à viuo pontifice

facta. nam eadē est ratio, quo ad ortum actionis in generali & in speciali: quia prout pactū specialiter confirmatum producit actionem, ita, si ius omnia pacta confirmaret, ex his produceretur actio. Sed ideo negare possemus, non producere, quia sunt prçter leges ciuiles. at cùm non sint præter leges canonicas, canonica nascetur obligatio & actio. ¶ Septimò facit text. *in c. 1. de probat.* ad cuius inductionem mentem adhibeas. Certum enim est, quòd ibi pacta remanent in solo naturali vinculo, nec poteris dicere, quòd ibi erant solennia
27 pacta, quia solennitates † ciuiles non ligant ipsum Imperatorem, cùm superior sit regibus. *l. digna vox. C. de legi. & l. ex imperfecto. de leg. 3.* Vnde, etiam si cum Imperatore stipulatione contraxerint, ne credas, quòd eum ex stipulatu actione compellere possum, quia cùm actiones sint, & vinculis iuris ciuilis eum non constringunt, pacta ergo ibidem remanent in solo vinculo iuris naturalis. Sed videmus, quòd coram pontifice ex pactis agitur, contra Imperatorem: ergo ex pactis etiam nudis oritur ius agendi. Ibi enim Imperator pacta seruare debebat, ergo imponitur necessi-
28 tas. Ratio, quia ecclesiæ est † subditus, ex cuius præcepto obligatur. Vnde oritur iuris canonici actio, qđ est ius persequēdi in iudicio, quod sibi debetur. Idem probatur *in c. Abbate. versi. sed ad hoc. de re iu. li. 6.* vbi donationē à se vel à patre factam rex Aragoniæ seruare tenetur.
Sed
Digitized by Google

Sed tam verbum, *tenetur:* quam verbum, *debet:* importat necessitatem, *vt notatur in c. proposuit. de app.* j. ergo nõ possumus negare obligationem, quæ nihil est nisi necessitas quædam, vt patet in defi. Nec credas obligatione ciuili teneri Regem Aragoniæ, *vt notat. in c. Adrian. 63. di.* præsertim, si de rege Ferdinando loquaris, qui totius Hispaniæ est dominus, cuius virtutem totum orbem, nouosq; orbes (vt obsequuntur) obsequi meretur. Cum igitur rex Aragoniæ nõ recognoscat superiorem, tenetur solùm canonicis institutis: quia ecclesiæ imperio ipsi etiam imperatores subiiciuntur, *vt in d. c. nouit.* ¶ Item ad istã partem facit ratio vera, in ista materia, ex qua intelliges omnia superiora. Et vt cognoscamus, an ex pacto nudo habeamus actionem, necesse erit cognoscere, an habeamus causas, ex quib. ipsa actio elicitur: & certum est proximam causam esse ipsam obligationem, *vt notatur. l. licet. §. ea obligatio. de procur. ff. & Bart. l. certi condictio. in princ. si cert. pet. not. in l. 1. §. & ideo. ff. de pactis.* at certum est, quod Inst. de oblig. in pri. declaratur quid sit obligatio ciuilis, scil. iuris ciuilis vinculũ. patet cum dicat esse iuris vinculum, secundum nostræ ciuitatis iura, de quo vide satis latè. *in l. iurisgentium. §. adeo. ff. eo.* Sed nunc dubito, finge, quod aliquis iure canonico cõstringitur ad solutionem alicuius rei, nonne erit obligatio canonica? certè eam non possumus negare: inest enim iuris vinculum, quo neces-

Tenetur & Debet necessitatem important.

ſitate aſtringimur ad ſolutionem rei ſecūdum canonicas conſtitutiones: ergo ſi recta eſt definitio iuris ciuilis, conuertetur cum omnib. ſub definitione cōtentis. *vt l.1.§.dolum. ff.de dolo.* Vnde eadem ratione, nō poterimus negare
29 obligationem † canonicam, vbi ius canonicū aliquid præceperit, cum ibi ſit eiuſdem iuris vinculum. Idcirco cum pacta obſeruari debeant iure canonico, ſequitur obligationem iuris canonicā oriri. Sed vltra videmus, ꝙ, prout ius ciuile exercet ex cauſis ſuis actiones, ita etiam ius canonicum: Nam ex cauſa empti datur actio ex empto, & ex locatione locati actio: ex depoſito depoſiti, & ſic de cæteris: *vt in c. Abbate ſane. verſ. caterū. in fi. de re iu. lib. 6. in c. examinata. de iudiciis. in verſ. quod ſi aptā proponere voluerit actionē. in c.1. de mut. pe. ibi actione plebani, &c. in c.1. depoſiti. ibi actione furti, &c.* Actiones id eſt iura agēdi exercentur à iure canonico, ſi ergo ex pacto aliquid eſt debitum obligatione canonica, ex hoc naſcetur ius perſequendi in iudicio, quod ſibi debetur. ¶ Aliquis tamen di-
30 ceret, ꝙ cum actiones † ſint ſumptæ à Iure ciuili, & ex pactis ius ciuile eas nō dederit. ergo nec ius canonicū eas habebit: qa quod nō eſt, in alium transferri non poteſt: *vt in d. c. Abbate.*

Transferri in alium nō poteſt, quod nō eſt.

Reſpōdebis, ꝙ cum actiones, ex quib. iuſtitia miniſtratur, in genere ſint ſumptæ à lege ciuili, etiāſi in aliquo caſu lex ciuilis ceſſauerit in danda actione, ſi tamen iure canonico interueniant cauſę productiuę ipſius actionis, cauſabi-

ſabitur neceſſariò productio. quia ſaltem modus productiuus actionum eſt approbatus à iure canonico, vt dixi: eo magis, quod etiam ſi non eſſet approbatus approbatione ſpeciali, hoc eſt tamen cautum, quod ex legibus canonicè inferimus, & argumentamur, *vt in ca. 1. de noui op. nun. in c. 1. de re iu.* vnde cum ex legis præcepto naſcatur obligatio. *vt in l. quotiens. & in l. obligamur. de oblig. & actio ff. in l. ſtatuas de ac. rer. do.* & ex obligatione actio. *vt in d. l. licet. §. ea obligatio.* ſequitur ex præceptis iuris canonici oriri actionem: At ſi retorqueas arg. de iure ciuili non datur actio, ergo nec de canonico. Reſpondeo, quod de iure ciuili non datur, qa ceſ ſat, à ceſſante † ergo nõ poteſt argui tanquam 31
à diſponẽte: maximè, quod in caſu, quo ius ciuile ceſſat, ius canonicũ efficit cauſas ꝓductiuas actionis. Nec mireris noſtram cõſideratio nem, & nõ credas eam à ratione diſſonam, nã eam tacitè confitetur Bal. *in l. 1. C. de do. pro. quaſi ad fin.* vbi elegãter dicit, ꝙ tex. ille nõ procedit de iure canonico, qa obligationi naturali additur obligatio canonica, *per noſtrum tex.* quæ idem † operatur in foro eccleſiaſtico, quod 32
operať obligatio ciuilis in foro ſeculari. ¶ Ex his ergo habes communem opinionem, à veris cauſis & rationib. declaratam melius certè, quam per alios doct. quam etiã per reſolutionem oppoſitorũ pulchrius defenſabimus. ¶ Nõ obſtat primũ fundamentum Io. de Imo. ꝙ etiam in iuramẽto competit officiũ iudicis,
vt in

33 *vt in cap si de for. comp. lib. 6.* quia ad illum † tex. potest multipliciter responderi. Primò, quod ibi loquitur de iuramento confirmatorio contractus mandati. Sed nos loquimur in iuramento obligationis introductorio, vt bona sit æquiparatio. Inter hęc tamen iuramenta summa est differentia secundum doctores, vt videbis Bart. *leg si quis pro eo. in secunda colum. in prin. ff. de fideiuss.* Item differentiæ ratio, quia cum iuramentum sit contractus confirmatorium, ex eodem cõtractu, præsertim aliàs valido, oritur etiam de iure ciuili actio. Cum igitur ibidem habuisset mandati actionem, *vt in §. pen. Instit. de fideiuss. in leg. ex mandato ff. mandati.* poterat agere corã iudice seculari. nimirum ergo, si monitione præmissa per viam denunciationis procedatur, & non via ordinaria, cũ ea competat in foro seculari. Secus est, quando iuramentum est introductorium obliga-
34 tionis, quia de iure † ciuili non præsupponitur aliqua obligatio, *vt in d. l. si quis pro eo. & ibi Bart.* Sed de iure canonico introducit obligationem & actionem, & ita tenet Bartol. ibi, & eum communiter sequuntur. Hanc verò responsionem habebis auctoritate ex doctorib. præsupposita. ¶ Vel poteris respondere, quod ea ratione in iuramento requiritur à iure canonico monitio, nõ quia procedatur officio iudicis, & sine actione: sed quia compulsio fit per censuram ecclesiasticam, id est per excommunicationem. Vnde necessariò est, ꝙ pręcedat

Communis opinio.

dat monitio, *vt in cap. sacro. de senten. excom.* & ita dicebat ibidem. glos. itaq; monitione pręmissa compellitur, nõ ratione officii iudicis. Sed quia per censuras ecclesiasticas compellitur seruare promissa, quæ quidẽ censuræ præsupponunt monitionem. ¶ Vel tertiò responde, quod etiam si officio iudicis procedatur ad executionem promissionis: non ob hoc negatur ortam † esse actionẽ & obligationem, 35
nam tam officium iudicis, quam etiam actio in tali casu habet casus præcedentes, ex quibus quodlibet eorum conflari & resultare poterit: quia officium iudicis habet sua principia, vt ipse Imola fatetur, & eum hoc habeat auctorem. Actio autem habet sua principia, quia habet mandati obligationem & contractum, *vt in d. §. penult. & in l. ex mandato.* nam eo ipso, quod te sciente fideiussorem tuum me constituo, inest mandati contractus, ex quo oritur mandati obligatio & actio, *vt in l licet. §. ea obligatio. ff. mandati.* ergo non negatur actio. imo extra mandati actionem ex iureiurando, ex quo quis Deo se obligat, probabo inferius necessariò oriri actionem, quia Deo iurando promisi, *vt in c. debitores. de iureiuran. infra.* Vnde ex promissione Deo facta, necessariò obligor ex illo præcepto, quo omne iuramentum est seruandum. Vt argumentatur Bart. *in d. l. si quis pro eo. in dicta 2. colu.* nec credas ex ortu vnius actionis vel iuris aliud impediri. imo quodlibet à suis principiis permanet nisi expresè tolla-

tollatur. *vt in l. quotiens.* de obligat. & actio. ff. in in his cogita, & inferius latius dicam. ¶ Non 36 obstat secundum argu.† quod quando est aliquid naturaliter debitũ, proceditur via denunciationis, *vt in c. nouit. de iudiciis.* quod ego fateor, & ita dicendum est do. Innocentium in hoc rectè, saltem rectè docere, tamen ex hoc non sequitur, quod ex tali pacto de iure canonico nõ oriatur actio: etiam si non oriatur de iure ciuili. Imo videmus ex iuramento oriri actionem, secundum Bar. *in d. l. si quis pro eo.* & supra patet. & tamen proceditur via denunciationis, secundum eundẽ Bar. in extrauag. ad reprimendam. verbo denunciationem: itaq; talis via non negat actionem. Nec obstat, quod officium iudicis non præsupponat obligationem, quia multiplex est officium, vt notatur *in c. 2. eo. tit. sup.* & ibi Abb. & Speculator *in titulo de offic. iu.* qui' fatentur sæpius dari tale officium, etiam si habeamus actionem. Hoc confirmatur tali ratione: quia de iure ciuili ex pacto pacis vel induciarum oritur actio secundum Bald. *in c. nostro. ante finem. allegat text. in l. conuentionum. ff. eo. idem firmant moder. Papienses in l. iurisgent. §. sed cum nulla in 13. fallentia.* Sed videmus quod ad pacem quis compellitur denũciatione Euangelica, *vt in d. c. nouit.* ergo illa denunciatio non probat, nõ esse actionem. ¶ Eodem modo respondebis quinto argum. nec videtur cõgrua responsio, quod ideo in c. nouit. in causa pacis procedítur per viam denunciationis, quia ibi non potuit

tized by Google

potuit dari ciuilis actio, cōtra ipsos reges nulli subiectos: nam etiamsi non detur ciuilis, dabitur canonica, quia iuri canonico subiiciuntur. At si dicas, ius canonicum non dat actiones ex pactis nudis, non poteris negare, dare actiones in casibus, in quib. à iure ciuili specialiter dantur, vt est iste, secundum autoritatem Bal. & modernorū: hoc maximè ea ratione constat, q̄a illa denunciatio super pace non est specialis in Regibus, sed vniuersalis in omnibus, & sub generali ratione: Est enim vinculum charitatis, vt patet ibi: & ita intelligunt Innocent. & Bartol. & cæteri. scil. super pace denunciationem coram iudice ecclesiastico fieri posse, tam inter reges nullius imperium cognoscentes, quam etiam inter alios, inter quos est initum bellum. ¶ Non obstat tertium arg. vtriusq; Saliceti, Angeli & modernorum. sc. quod † per subauditiones non debet 37
introduci legum correctio. ¶ Equidem in isto fundamēto, ex quo ipsi maximè concludunt, sentio duos errores quorum etiam vnus non eorum tantum, sed est omnium vsq; ad nostrā tempestatem scribētium. Primum igitur est, quod cum tex. noster de pactis loquatur, si intelligimus de nudis, est subaudire, ideo deuestitis intelligimus secūdum ipsos: ego opinor, ꝙ intelligere de pactis nudis, nulla sit subauditio. Ratione probatur, quia pactum est duorum consensus, sed duorum consensus verificatur in quolibet contractu, ergo in quolibet con-

contractu, siue nudo, siue vestito, verificatur text. noster, qui de pactis loquitur, & ideo omnia pacta erunt seruanda. Hæc ratio tota probatur, *in l. 1. in princ. l. iuncto. §. conuentionis. & §. adeo. ff. isto tit.* Vnde sequitur, quod in hoc nō subauditur, sed de pactis nudis tex. loquitur, vi & significatione verborum. Imo ego credo, ꝙ potius ipsi subaudiant, cum intelligant tex. de pactis loquentem. s. in vestitis tantum, cum & nuda & vestita cōprehendantur. ¶ Secundum est, in quo omnes consentiunt, quod
38 si de iure canonico † ex pactis nascitur actio, lex ciuilis ex hoc cēsetur correcta. Ego quippe non possum considerare talem correctionem, quia video, ꝙ pacta nuda non habent actionem, nō ex prohibitione legis ciuilis, sed ex cessatione: nam cum à lege ciuili procedāt actiones, vt supra vidimus, eas nudis conuentionibus non dedit cessando, non prohibendo. Quod ita probatur, quia videmus pacta nuda esse pręter leges, *vt notatur in leg. stipulatio ista. §. alteri. & ibi Bartol. & cæteri. & notatur. l. legitima in fin. gloss. & in l. iurisgent. §. generaliter. gloss. fi. in fine. ff. eod.* Vnde dicebant moder. Senen.
39 *in rep. rubrica, de verb. bon. obl. 6. col. in medio,* † quod pacta nuda, nec approbantur, nec reprobantur à lege: ergo hoc, quod dicitur ex pacto actionem non nasci, intelligitur cessatiuè. Secundò probatur, quia si pacta nuda obseruari prohiberentur, id esset improbum & nutritiuum peccati, quia sub peccato, & ratione natu-

Digitized by Google

naturali ea obseruare tenemur, vt supra, ideo tales leges ex duplici capite essent nullæ: quia introducentes peccatum, *vt in cap. fin. de præscr. infr.* & quia contra legem naturalem, *vt in cap. fi. in fin. 9. dist.* hinc est, quod moderni Ticinenses referunt Abbatem tenuisse, *in c. dilecti de iudicijs*, quod statutum † disponens, quod ex pa- 40
cto nudo agi non posset, non valeret, quasi id sit cõtra ius naturę, & nutritiuum peccati. Ita dicunt ipsi *in §. Sed cum nulla. in quarta additione.* & Felin. *in vltimis verbis in c. nostro.* Item ꝙ lex ciuilis non prohibeat produci actionem, ego probo ratione naturali, nam quando † actus, 41
sine prohibente in esse deduci non potest, superfluum & ridiculum esset, talem actum prohibere, vt tu ipse vides. Cum igitur in actione producenda lex ciuilis sit causa efficiens, & ab eo procedat, *vt in d. l. 2. §. deinde. de orig. iur.* Ergo non est dicendum, legem ciuilem prohibuisse ex pactis nudis actionem produci. Præterea videtur crassa ignorantia, prohibere ei qui rem prohibitam agere non potest: sed pacta per se non possunt producere actionem, ergo non id prohibetur, sed pacta remaneant in nudo suo vigore, sine approbatione iuris ciuilis, quæ res facit, vt ex illis pactis non oriatur actio, cum sint præter legem, & legis confirmatio sit necessaria, *vt l. legit a. ff. eo.* Cum igitur lex ciuilis, in danda actione vel in confirmatione pactorum, cessauerit, licèt ex canonica dederit eam, & pacta confirmauerit, non

Digitized by Google

42 ex hoc corrigitur lex ciuilis: in cessatis † enim non habet locũ correctio, ꝙ exemplo tibi ostendo: Nam vidimus ecclesiam nudã contrariis armis periclitantem præsidium à Cæsare petiisse, nec eum dedisse: Rex tamen Hispaniarum Catholicus auxiliũ præstitit, & robur. In hoc ergo nihil fuit factum contra Imperatorem, cum ipse nec assisteret, nec resisteret, sed cessaret: ita ergo in proposito, etiam si ex nudo pacto de iure canonico oriatur actio, nõ propterea hoc fit contra ius ciuile: Fateor tamen, ꝙ cessantis negligentia à non cessante videtur tacite pungi, ꝙ inferius declarabo. Quinimo & tertium, in quo ab eis ego dissentio, est, ꝙ etiam si verum esset, ꝙ ius ciuile corrigeretur, non debet hoc impedire iuris canonici talem interpretationẽ. ¶ Prima ratio, q̃a fit secundum finem iuris canonici, qui est euitandi peccatũ, ꝙ eodẽm modo versatur in pactis nudis nõ obseruandis, prout in vestitis: talis ergo finis non debet impediri, ex incõuenienti correctionis. ¶ Secunda & fortior ratio est, ex qua maximè moueor, ꝙ non possumus
43 negare ius † canonicum habere sociam æquitatem, & ius naturale. *vt l. 1. ff. eo. in l. Stichum. §. naturalis.* videmus enim obligationem naturalem oriri. Sed quando ius aliquod ipsa æquitate & ratione naturali corrigitur, nõ est considerandum odium & restrictio correctionis, vt colligitur ex mente Iureconsulti *in l. bona fides. ff. depositi.* & ita ibi Paul. de Cast. dicebat plures

res

res errare in istis restrictionibus. Nec obstet, ꝙ Paulus in alio exemplo loquatur, nam non loquitur diuersa ratione. ¶ Itē hoc confirmatur, quia nō potest negari veriori cognitione iustitiæ ius canonicum disposuisse pacta nuda esse valida, quā ius ciuile dereliquisse ea inutilia & inualida: probatur, quia ius canonicum in hoc legem sequitur naturæ, item ius diuinum: à quib. non fit differentia, nec cōsideratio ex vestimētis pactorū, sed ex fidei ratione.
Cum. n. fides † sit fundamentū iustitiæ, & fi- 44
des sit conuentorū constantia & veritas, vt inquit Tul. primo li. de offi. ipsa iustitia naturali cōuenta sunt seruāda: quæ & nuda sunt, & vestita, *vt in l. 1. §. adeo ff. eo.* Quinimo ego tibi probo, legem canonicā magis habere rationem, & vim legis, quàm lex ciuilis: quia in tantū dicitur legem † habere rationem & vim legis, 45
in quantum participat, & similatur legi naturali & æternæ. Ita sanctus doctor, *leg. secunda, quæstion. 90. articul. 1. & 2.* Sed lex canonica participat magis cum ratione naturali, & ei assimilatur: ergo magis habet de ratione legis, id est de ipsa iustitia, cuius fundamento fidem obseruari præcipitur. Et satis nostræ sententiæ astipulatur Mar. Tull. tertio officiorum libro, dum quædam vltra æquitatem gentium, & contra veram iustitiam à iure ciuili permissa redarguat, cuius verba subiicio. Quod enim † ciuile, non idem continuo gentium: 46
quod autem gentium, idem ciuile esse debet.

Sed nos veri iuris germanæq; iustitiæ solidam & expressam effigiem nullam tenemus, vmbra & imaginibus vtimur: eas ipsas vtinam sequeremur. Hic hucusque Marcus Tull. verus quidem iustitiæ cognitor, & philosophiæ Magister. Cum igitur ius canonicum naturæ ius, & gentium communem fidem in pactis obseruandis sequatur: tu ipse iudica, quam iniquè à doctoribus nostris consideratur, legem canonicam ob hoc restringendam, quod obsistat legi ciuili. Talis enim interpretatio non est iuris prudentum, qui æquum ab iniquo morali philosophia discernunt, *vt in l. 1. in princ. ff. de iust. & iur.* Nec quisq; miretur, quod tam inuerecundè in tot, & tantos illustres doctores prorumpo: sępe namq;, cum tales doctrinas iam in vulgo neruatas video, adeo mei incompos irascor: vt nec nostræ auctoritati, quantulacumque sit, obtrectando pepercerim. ¶ Ex his etiam resolues quartum argumentum, quod ego formaui.
47 Et primò infero † intellectum §. Sed cum nulla. & §. quinimo. cum similibus, quod cum ibi dicitur, ex pacto actionem non nasci, nec pacta ad agendum valère, debet intelligi cessatiuè, non prohibitiuè: at si replicabis, quod ibi dicitur regulam iuris esse, vt ex pacto non nascatur actio: fateor, quia ita dicit Vlpianus. Sed nota, quod illa regula est tradita à Iureconsultis, ea ratione, quia pacta nuda nō sunt à lege ciuili comprobata, & sunt præter

ter leges. Vnde cum ad productionem actionis sit necessaria legis confirmatio, sequitur ex his pactis, actionem non produci. Et ex hoc sumitur illa regula, quæ habet fundamentum à cessatione legis: nunc verè intelligis, quæ nunquã ego vidi intellecta. ¶ Secundò infero, ꝙ pacta non † dicuntur nuda, eo 48
quod ius spoliauerit ea, vel nomine, vel ab actione, sed dicuntur nuda, eo ꝙ ius ea omisit in solo suo esse naturali, nec approbauit, nec reprobauit. De quib. pactis satis dixi in l. iurisgentium. in prin. ¶ Tertiò infero, quod distinctio posita in l. iurisgentium. in prin. non procedit de iure canonico, ibi enim dicitur, quod aliquæ conuentiones habent actiones, aliæ exceptiones: illæ quæ habent actiones, sunt nominatę: quę autẽ habẽt tantũ exceptiones, sunt innominatę. At de iure canonico, omnes habẽt † actiones, vt su. ergo de iure canonico 49
non procedit illa distinctio. An autem eodem iure omnia pacta sint vestita, dicam inferius. ¶ Quartò infero, quod non subtiliter loquitur Felinus, cum dicit in vltima ratione huius quæstionis, quod prout in testamentis canon relaxat solemnitates, *vt in c. relatum. & in c. cum esses. eod. titu.* ĵ. ita in contractibus. dic, quod in canonibus nulla relaxatur solemnitas legalis: Sed hoc additur, vt pacta, quæ erant sine vigore, quoad ius ciuile, quia ab eo derelicta, à iure canonico habeant robur. Finge itaque, quod quisque stipulatione promittat, certè

Digitized by Google

certè tenebitur iuris ciuilis vinculo, & tenebitur canonici iuris vinculo: ergo canonicum ius nõ relaxauit iuris ciuilis solennitates, quæ prout à iure ciuili constitutæ sunt, ita pro eodem iure ciuili semper valent. Fateor, ꝙ quoad ius canonicum non sunt necessariæ: nec enim ad ius canonicum fuerunt institutæ. Vnde ius canonicum non relaxat eas solemnitates. Sed Felinus excusatur, quod ius canonicum relaxauerit, id est, quod non curauerit de illis solemnitatibus legalibus. ¶ Contra superiora oppono: dictum est, quod ius ciuile non prohibet agi ex pacto nudo: contra,
50 quia qui ex pacto nudo agit, agit sine † actione, *vt in d. §. Sed cum nulla.* Sed à iure ciuili prohibetur, ne quis sine actione agat, *vt l. si pupilli. §. videamus. de nego. gest. ff.* & ideo dicitur nihil agere, *vt leg. 1 in fine. ff. quando dies vsu. ced.* ergo ex pacto agere iure ciuili prohibetur. Respondeo, quod agere ex pacto ciuiliter, id est, actione ciuili prohibetur à lege ciuili: ratio, quia qui agit, agit sine fundamento, vel falsæ actionis persuasione: non tamen ex hoc dicetur pacta esse prohibita: imo prohibetur effectus putatiuus. Non ergo sequitur ex hoc, in pactis à iure ciuili inesse prohibitionis rationem: præsertim quod ab effectu ad actum nõ valet argu. vt Bartol. *leg. 1. de condict. indeb. in pen. colu. & in l. tum lex de fideius. ff. in penult. colum & l. vniuersas. C. de preci. imp. offerendis.* faciunt quę dicunt Moderni Ticinenses. *in l. stipul. ista. in §. alteri.*

ab Actu ad effectum argumentum non valet.

alteri.5.col.ad finem.ff.de verb.oblig. Nota tamen, quod nec hodie iure ciuili prohibitum, ex inferioribus concludes. ¶ Quintò infero ad intellectum c.pactum. infra de verbor. obligat. quem text. nec à glossis, nec à doctoribus video declaratum, vbi definitur pactum in hæc verba: pactum † dicitur inter partes ex pace 51 conueniens scriptura, legibus ac morib. comprobata. In qua definitione, vel potius declaratione talis est dubitatio: quomodo dicatur legibus comprobatum, quia ex hoc sequitur, ex omni pacto nudo, etiam iure ciuili, oriri actionem: probatur sequela, cum ex omnium pacto, legibus comprobato, oriatur acto. *l.legitima.ff.eo.* Ideo si tu intelligere velis secundum communes doctrinas, dic legib. esse cõprobata pacta.i. à iure prætorio, quod ius, & si à legib. & vi & appellatione distinguatur, *vt in §.quos autem.Instit.de bonorum possession.* tamen id appellabimus legem, largissimo modo. Et ideo huic intellectui non multùm assisto præsertim, quod à prætore, nec simpliciter, nec in præsenti sunt approbata in vim legis, sed dicit se obseruaturum in vim viuæ vocis, *vt l. nam & ipsum.ff.de iust.& iur.* Vt declaraui *in l.iurisgẽtium.§.prætor.* Ideo dicerem, quod legibus canonicis sunt approbata, quia omnis lex diuina, canonica ratione confirmatur, & ideo leges poteris intelligere, diuinas, naturales, & canonicas. Theologi enim magis legis naturæ, vel legis diuinæ appellatione vtuntur, q̃

Digitized by Google

iuris diuini vel naturalis. Sed vtrunq; pro eodem assumunt: & ita Isidoro contigisse potuit. ¶ Nec tam insubtiliter loqueris, prout glo. ibi, quæ vel expresse, vel silentio ab omnibus approbata; dicit ideo lege confirmata dici, quia aliter non valerent pacta, nisi secundum leges fierent. Imo dic, quod etiam si non fiant secundum leges, dum tamen non fiant contra leges, bene valent de iure canonico, & ita loquitur text. *in §. prater. per gloss. alleg. & l. pacta.*
52 *Cod. eod.* Nam † si fiant contra leges, non valent, sed si fiant præter, dicit prætor se seruaturum ea: quia inter secundum & contra, est quoddam medium, quod est Præter: leges, & pacta, quæ fiunt præter leges ciuiles, valent iure canonico. Sed glossa dicere potuit verum, si altius speculata esset, vt statim videbis.

Inter Secundum & Contra, medium est Præter.

¶ Septimò ex superioribus inferri potest talis dubitatio, an de iure ciuili ex nudo pacto oriatur actio? at dices stultum, & iuris ignarum tale dubium: cum tam Iureconsulti, quam Imperatores sæpissime dicant, ex tali pacto actionem non nasci, *vt in dicto §. quinimo*, vbi ter, vel quater traditur regula, ne ex pacto actio nascatur. Idem *in §. sed cum nulla. idem in leg. si vnus. §. pactus. eodem titul. leg. solent de præs. ver. leg. lecta. si certum petatur, in l. petens. & in l. in bonæ fidei. & leg. si quis in conscribendo. cum aliis fere infinitis. Cod. de pactis.* Sed & si nunquam aliquis de hoc dubitauerit, quod ego dubitauerim, libidini non referas, non enim lasciuia, non sequor

quor

Digitized by Google

quor vulgum, ſed inueſtigandi ac iuſtitiæ cognoſcendæ dulcedine captus. ¶ Cōſidero igitur primùm, quòd omnes licitæ conuentiones † vera iuſtitia debent effectualiter obſer- 53
uari. Probatur iure diuino, item iure naturæ, *vt in l.1. de pactis. l. Stichum. § naturales. de ſol.* Quod quidem ius naturæ & diuinum, eſt ipſa mera iuſtitia, & magis à iuſtitia participat, quàm ius ciuile. Iuſtitia enim eſt conſtans & perpetua, ius autem diuinum & naturale † perpe- 54
tuum, & immutabile, *vt Inſt. de iure naturali gentium & ciui. § ſed naturalia.* Hinc eſt, quòd de iure canonico, præcisè compellitur quis obſeruare promiſſa, quia ius canonicum habet neceſſitatem id obſeruandi à iure diuino, vt ſup. declaraui. Conſtat ergo, quòd iſtud præceptū canonicum, quo pacta obſeruari mandantur, ligat omnes Chriſtianos, ſiue Imperatores,
† ſiue reges, ſiue inferiores: quia omnis æqua- 55
liter, & iuri diuino, & naturæ, & canonico ſubijciuntur, *vt in epiſt. inter claras. C. de ſum. Trin. & fid. catho. in c.1. de proba. in c.1. de conſtit. & in c. nouit. de iudicijs.* ¶ Secundò conſidero, quòd ſicut canones in his quæ ſunt præter ius canonicū à lege ciuili diſpoſita, leges ipſas ſequuntur, & comprobant *vulgato. c.1. de no. oper. nunc. c.1. de re iudi.* ita leges obtemperant, imitātur, & comprobant ius canonicum, maximè in his, quæ ad iuriſdictionem omnium Chriſtianorum vniuerſalem pertinēt: prout eſt in noſtro caſu, cuius tranſgreſſio periculum ſalutis inducit.

Quia in isto casu, leges necessariò subijciũtur, & approbant ius canonicum, & in his præsertim, in quibus à legibus non est dispositum, *in c.clerici.de iudicijs.infra.* vbi dicitur, quòd leges non dedignãtur sacros canones imitari. *in authen. quomodo oporteat episcopos.in princip. & in authent.vt apud proprios episcopos. col.7.in fi.* vbi dicit
56 Imperator, quòd sacras & diuinas † leges iuris canonici, nostræ leges sequi non dedignantur. Ex his ergo apparet, quòd regula nostri textus, pacta seruentur, est comprobata à lege ciuili, cùm aliàs pacta essent omissa iure ciuili. Vnde etiam lege ciuili ex tali comprobatione orietur actio, *vt in l.legitima.ff.eo.* Hoc tamen intelligas iure Iustiniani, qui leges imitari canones voluit. Secus Iureconsultorum iure, qui nõ cognoscebant talem subiectionem ecclesiæ. Hoc confirmatur tali ratione, dicũt enim doctores in ista materia, quòd ea ratione oritur actio de iure canonico, quia de iure canonico est approbata lex, legitima.ff.de pactis, ex cuius regula sequitur actionem nasci, vt s. dicebam in sup. quæst. & quòd sit approbata illa regula, probãt ea ratione, quia in canonibus videmus leges approbatas, *vt in c.1.de noui operis nunciatione.* Sed videmus, quòd eodem modo, & similiter leges, imo à fortiori sequuntur canones, *vt in eodem c.1.* ergo eodem modo debemus dicere, quòd regula nostri textus sit confirmata legibus ipsis. Dicitur enim in illa decretali, quia verò, sicut leges nõ dedi-

dedignantur sacros canones imitari: ita & sacrorum statuta canonum, principum constitutionibus adiuuantur. Si ergo similis est ratio, nescio, qua ratione dissimiliter iudicemus. Vnde docētes, qui volunt admitti suum argumentum, vt fuit Abb. & Imol. & Modernor. & istud deberent considerasse. ¶ Tertiò considerò, quòd pactorum † & nudorū ob- 57
seruatio non est contra leges ciuiles, sed prę-ter eas: nam ex quadam negligentia, aut intermissione veræ iustitię nō fuit pręceptum à legibus ciuilibus, vt licitæ conuentiones simpliciter deberent obseruari, prout ipsa ratione naturali, diuina, & canonica decet, & est necessariū eas obseruari, vt latè vidimus. Vnde dicebat sanctus doctor *4. sententiarum. distin. 33.* quòd post legem nouam, id est, post aduentum Christi, ab ecclesia & eius sequacibus verè ius naturale cognoscitur, & obseruatur. Sed ante ista tempora non ad vnguem obseruabatur, vt patet: nā ius naturæ dictauit matrimonium, *l. 1. §. ius naturale. ff. de iustitia & iure.* & ipse idem Thomas latè in illa distinctione probat: videmus tamen, quòd concubinatus legibus ciuilibus † erat licitus, quod est contra ius na- 58
turæ, cùm sit contra matrimonij rationem. Sed post aduentū Christi, & ecclesiæ institutionem termini iuris naturalis obseruantur. Sic ergo est in conuentionib. quæ quidem licèt ab imperatoribus & à Iureconsultis omissæ sint, tamen ius canonicum comprobauit,

ius

ius naturale prosequens. Item posteriori cõprobatione iuris canonici, per cõsequentiam à iure etiam Iustiniani comprobantur, cùm ipse non solùm diuinas & sacras leges imitari & confirmari voluit, sed etiam eis leges ciuiles subijci facit text. in §. *1. 15. q. 3.* vbi dicitur, ꝙ multa in lege veteri permittebantur, quę hodie perfectione gratiæ sunt abolita. ¶ Ex his constat, optimo & vero iure Hispaniæ conditam legem Regiam, qua traditur † nudum pa-
59 ctum ad agendum & excipiendum efficacem esse. Lex enim illa consonat diuino iuri, & iuri naturæ, & gentium, & canonico: vt supra vidisti. Nec mireris, nam reges habemus, se, & subditos virtutibus, & diuino iure regentes: at æquitate naturali, & iustitiæ fundamento non solùm Romanos Imperatores, sed ab his institutos prætores æquitatis magistros eminenter excellunt, qui prout iurisgentium æquitatem ad vnguem obseruant, ita omnes gentes iure dominantur: & cùm ecclesiæ sit semper defensor, & subditus, hanc legem condidit, qua catholicæ ecclesiæ canones catholicus confirmat & sequitur. Vnde vnusquisque Hispanus credat se ex pactis pluribus obligationibus astrictum. Primò enim lege diuina, ex qua obligatio nascitur diuina. Secundò lege naturæ, quia ipsa ratio naturalis vrget ad obseruantiam promissorum, *vt in l. Stichum. §. naturales. sup. all.* Tertiò obligatione iurisgentium, *vt in l. 1. de pactis. in prin.* & ibi notatur.

Digitized by Google

tatur. Quartò obligatione canonica, ex qua omnes Chriſtiani tenemur, vt in c.1. de conſti.iuncto tex.noſtro. Quintò obligatione legis Regiæ, quæ expreſsè confirmat legem diuinam, naturalem, & gentium, & canonicam. Et non ſolùm inter Hiſpanos hoc verum erit, ſed credi forſan poteſt, inter reliquos verum, qui legibus Romanis regũtur, nam ipſi etiam teneri videntur, quia imperatores canonum ſanctas conſtitutiones obſeruant, & ob hoc confirmant diſpoſitionem capituli noſtri. Sed vnicuique videbitur hoc durum, vt iure ciuili ex nuda conuentione oriatur actio, cùm quaſi totius iuris principia aliter cantent. Sed ſi his adhærere velis, reſponde, quòd illa principia ſunt ſumpta à iuris ciuilis ceſſatione, nã cùm ius ciuile ceſſaſſet in pactis obſeruãdis, ex hoc traditur pacta nõ habere actionem. Sed ſi nos conſideramus, quòd poſtea ius ciuile confirmauit ſacros canones, ex hoc ſequitur etiã in iſto caſu legem ciuilem ingerere ſuam obligationem, prout in ſimili hîc dicebãt doctores, vt ſuprà vidiſti. ¶ Sed ſatis videtur obſtare, qa ex nudo pacto ſecundum leges non oritur actio, ſed dicitur ſecundum ſuperiora, quod ex nudo pacto oritur ſecundum eas, & iſta ſunt contraria & ſibi pugnantia. Reſponde, quòd confirmari pacta à lege ciuili, non eſt contra

† leges ciuiles, quia pacta erant præter eas, *vt* 60

in d.l.ſtipulatio.§.alteri. Vnde ſi confirmas id, qđ nunquam infirmaſti, non tibi contradicis. Sed

& ſi

Digitized by Google

& si ex cessatione confirmationis, & cõfirmatione inferuntur cõtraria: ex vno enim sequitur non oriri actionem, ex alio oriri: non tamen propter hoc in dispositione contradicitur: prout dicimus, quòd effectus aliquando tolluntur remanente obligatione, vt in senatusconsulto Macedo. & Velleiano & Trebelliano, quod pulchrè declarat Bar. *l. 1. de cond. indeb. pen. colum.* ¶ Ex his etiam (si tamen hæc vera sunt) infertur notabilis intellectus, ad tex. *in c. pactum. de verb. sig. su. al.* Vbi dicitur pactum esse conueniens scriptura inter partes legibus confirmata. Sic ergo vides, quòd etiã pacta nuda erunt legibus confirmata, vt ibi text. dicit, ex quo sequitur, quòd secundum leges ex nuda conuentione oritur actio per l. legitimam. ff. eo. Hæc (vt præposui) vt dubia mentis nostræ refero: tu tamen consilio perpenso id teneas, quod rectum videbitur. ¶ Octauò ex superioribus infero, quòd in stipulatione

Effectus aliquando tolluntur obligatione remanente.

Singulare.

61 † alteri facta licèt de iure ciuili non oriatur actio, *vt in §. alteri. Inst. de inut. stip. & in l. stipulatio ista. §. alteri. de verborum obligation.* tamen de iure canonico oritur obligatio & actio. Hoc probatur ex ratione & sensu nostri text. si enim pacta obseruantur de iure canonico etiã nuda, ergo pactum istud obseruabitur. Nec obstat, quòd de iure ciuili non valeat stipulatio, quia ea ratione non valet, quia cessat causa solennitatis & inuentionis ipsius stipulationis: at stipulationis solennitas non est necessaria de iure

de iure canonico, per tex. nostrum: ergo nec illa causa reddit pactum inutile. Itē ratio nostri tex. in pactis seruādis non est, vt vnusquisque acquirat quod sua interest, sed est ratio fidei seruandæ secundum ius diuinum & naturale, ne incurramus peccatum. Sed ista ratio habet locum in stipulatione alteri facta, quia in ea inest obligatio naturalis & diuina. Vnde naturaliter nihil impedit, q alteri queratur, vt patet in seruo, qui est alter, quo ad ius nature, & tamen dño acquirit, *in l. placet. de acq. her. & l. frater à fratre. de cond. indeb.* & ita plurib. rationibus tenebam contra communem opin. quòd alteri per alterum acquiritur de iure canonū, de quo vide latam disputationem l. 1. 4. chart. sup. eo. ¶ Nonò ex tex. nostro infero dubitabilem esse sententiam glossæ & Bart. & cæterorum *in l. 1. ff isto titul.* vbi gloss. tenet, quòd si ego promitto tibi, quod Titius dabit tibi: vel si promitto tibi, quod Titius dabit Seio, non est pactum, & ideo non est seruandum, quia pactum debet esse, vt † aliquid fiat vel detur à 62
contrahentibus. Ego probabam esse pactum, per text. *in l. quotiens quis. de verborum obl.* vbi dicitur, quòd stipulatio prætoria, vt alius sistat, bene valebit: ratio est, quia pretor sequitur æquitatem, & ista stipulatio interpretatur, me curaturū & facturū, vt alius sistat, & aliàs ego incido in stipulationē. Sic ergo cōstat cōuentionem esse & pactū, alioquin nec à prætore obseruaret: nec esset stipulatio, *vt in l. 1. §. adeo.*

ff isto

Digitized by Google

ff. isto tit. si ergo est conuentio, constat eam de iure canonico obseruandam, per text. nostrũ. Item satis cõsonat, quòd prætor obseruet talem conuentionem, quia prout prætor æquitate semper nititur, *vt in l. quod si Ephesi.* ita ius canonicum, *vt in cap. dilecti. de iud.* ĩ. Facit etiam tex. *in cap. ex rescripto. de iureiur.* ĩ. secundũ vnum modũ intelligendi. Facit quod notatur *l. si quis pro eo. in prin. ff. de fideiuss.* Sed de his latius dixi in eadem glo. nec hîc aliquid affirmo.

¶ Decimò infero ex tex. nostro, contra Bal. *in l. ex placito. C. de rerum per.* qui dicebat, quòd ea ratione ex edicto prętorio, quod refert pacta prætorem seruaturum, non oriebatur actio: quia edictũ erat causa vniuersalis, & causæ vniuersales sine inferioribus causis non gignunt, vt Sol, &c. ista quippe ratio fragilis est: nam si vniuersaliter lex pręcipiat pacta obseruari, ex hoc habebunt obligationes, vt patet in iure canonico: & lex est causa efficiens, vnde actiones sunt iura, vt patet in definitione. ageret ergo ius in quolibet pacto: quod clarè videmus in iure naturali, quod efficit, vt ex quolibet pacto oriatur naturalis obligatio, & ita ius ciuile efficeret, vt ex quolibet oriretur ciuilis, si pacta obseruare præciperet. Edictum autem prætorium ex alia causa non efficit, vt producantur actiones, quod nouiter & latissimè ibidem declaro. ¶ Nunc deueniendum erat ad glossam, quam partim expediuimus in superioribus, & partim, vt ordinatius proce-

Causæ vniuersales sine inferioribus nõ gignunt.

Glossarũ interpretatio.

Digitized by Google

procedamus, expediemus in inferiorib. Præſuppoſita igitur regula noſtri tex. quòd ex nuda conuentione de canonico iure competat ius agendi, Moderni canoniſtæ ponunt nouem declarationes, ex doctorum ſententiis aliunde collectis, quarum duas nõ tenent, & reliquas ſeptem affirmant. Sed quia ego in his aliter ſentio, eas referam ordinatim, & ſuper his dubitabo. ¶ Prima declaratio eſt, quòd & ſi oriatur actio ex pacto, non tamen ex † pol- 63
licitatione, quæ eſt vnius offerentis promiſſio, *vt in l. pactum. ff. de pactis.* & ideo differt à pacto, quod eſt duorum conſenſus, *vt l. 1. ff. eodem titul.* Hæc eſt communis ſententia doctorum, de qua ego dubitaui *in l. 1. in prin. ff. eodem.* vbi vide argumenta & rationes doctorũ argutè impugnatas. ſed reſtat dubitatio non facilis: quia video, quòd cùm pollicitatio ſit ſolius offerentis promiſſio, ex ſola voluntate mea ego non obligor, vt declarat Abb. *in proœm. Gregoriano in vltimis verbis.* vbi dicit, quòd id quod dicitur *in c. iuramenti. 22. q. 5.* inter ſimplicem loquelam & iuramentum Deum non facere differentiã, intelligitur, quando ſimplex loquela continet perfidiam vel mendacium, vt quia venit ad decipiendum alterum, & ita loquitur text. ille: ſecus autem, vbi iſta ceſſant, quia tũc ſimplex loquela non obligat, ex quo non affuit perſona cui acquireretur obligatio. Hæc ſunt verba Abb. ex quibus ſequitur, quòd ex pollicitatione non oritur naturalis obligatio, nec

Communis opinio.

Digitized by Google

obligat ad peccatum, cuius contrarium tenet hic Felinus, quia, & si fateatur non oriri obligationem canonicam & actionem: negat tamen non esse peccatum: quia quæ procedunt à labiis meis, non faciam irrita, inquit Psalmista. ¶ Ego certè dubito, an do. Abb. bene intelligat, & an do. Felinus bene concludat. Primò contra Abbatis intellectum ego satis dubito, an sola vnius voluntate expressa & deliberata, quis obligetur sub peccato, & videtur eum obligari, primò auctoritate Psalmistę, in quo assentiri potest ipsi Felino, & cæteris: secundò, quia fides etiam stat circa dicta: ita, quod non solùm circa conuenta, sed etiam circa dicta, vt patet in definitione, quam posuit Marcus Tul. lib. 1. de Offi. Fides est dictorum conuentorúmve constantia & veritas, sed dicta differunt à conuentis, *vt in l. sciendum. §. dictum. de ædil. edict.* ergo perfidia etiam consistit in dictis solius voluntatem suā dicentis. Vnde constat dictum concludi in c. iuramenti, vbi perfidia simplicis loquelæ sub peccato notatur:

Fidei definitio.

64 præsertim, quòd fides † ab eo dicitur, quòd dictum fiat, vt ibi dicebat Cicero. Item facit, quia quilibet debet moueri ad velle, ipsa ratione media, vt tenet Thomas secund. secun. quęst. 189. articu. 3. ergo postquam voluntas aliquid disposuit circa aliquem, cùm id rationabiliter, & iustè censeatur actum, debet adimplere: aliàs peccat: probatur, quia peccatum est

65 voluntas † retinendi vel consequendi, quod iusti-

Digitized by Google

iustitia vetat: quod iustè ergo voluit, & promisit, non poterit sine iusta causa non adimplere. Facit quod concluditur *in c. literarum. de voto.* vbi omnes in hoc consentiunt, quòd etiam si ex proposito quis non teneatur, si tamen subsequatur deliberatio & expressio, semper obligatur. ita Ioan. Andr. Hosti. Abb. & cæteri referunt sanctum doctorem secunda secundæ. quæstione 80. articulo primo. & idem Abbas ibidem expressè tenet in finalibus verbis, quod idem est in pollicitatione hominum facta, quod in voto Deo facto, cùm votum sit pollicitatio, *vt l. 2. ff. de pollicita.* Itaque idem sentit in iuramento vel voto, quod in pollicitatione: quod videtur negare in dicto procemio. ¶ Præterea ego probo per rationes & verba tex. *in d. c. iuramenti.* Abbatem eum non intellexisse, quamprimùm dicitur iuramenti huiusmodi causa est, quia omnis qui iurat, ad hoc iurat, vt quod verum est, loquatur. Sed qui aliquid promittit, ad hoc debet promittere, vt verè promittat & adimpleat, vt patet ex ratione text. *in cap. si Christus. de iureiurando.* vbi refertur, Christum in Euangelio præcepisse, vt sermo † noster sit, est, est; 66
non, non. quasi ita loquamur verè, vt semper sit veritas quod dixerimus. Item subiũgit tex. ille, quòd hominũ accrescẽte malitia, simplici assertioni vix creditur. Vnde iuramẽtum † di- 67
citur esse à malo, id est, à perfidia non credentium: non autem ex parte ipsorum iurantium

Communis opinio.

est à malo, quia ipsi non iurassent, si eis crederetur; sed simpliciter dicerent verum. Nota ergo ex ista declaratione, quòd ita in vera fide, quę simpliciter dicimus, debemus obseruare, sicut quæ iureiurando firmamus: quæ quidem ratio ita habet locum in pollicitatione, prout in pacto. Quia si quis iuraret pollicitationem, obligaret ad peccatum. ¶ Item subduntur verba in d.c. iuramenti. Et ideo dominus inter iuramentum, & loquelam nostram, nullam vult esse differentiam. Nota quòd dixit loquelam, non ergo restringas ad promissionem, eò maximè, quòd ex superiori dicto infert, quòd dictum ita cōprehendit iuramentum, prout simplicem loquelã & ob hoc infert. Item faciunt verba sequentia ibi (*quisque ergo verum loquitur, iurat.*) Si ergo qui verum loquitur iurat, id est, ita tenetur id facere, prout si iurasset: sequitur ex hoc, quòd si ego habeo voluntatem pollicẽdi, & verbis polliceor, veritatẽ loquor, quia verũ est, ꝓut polliceor ita me velle. Ergo id teneor adimplere, ac si iu-
68 rassem. Id autem quod † sentit Abbas, quòd mendacium est, quando ore aliud profertur, quàm corde teneatur ad alterũ decipiendum: ego fateor id esse mendacium, quia ita declarant Theologi. Sed in isto casu non vigore huius mendacij concludimus. Quia qui pollicetur, non mentitur, cùm id dicat quod corde tenet. Sed cùm veritatem dixerit, eam obseruare tenetur. Cogita super his, quia gratia dubita-

dubitationis, & quoniam dom. Abb. sibi non cōstat, hæc dixi: cuius determinationē Theologis relinquo. ¶ Item nec dominus Felinus, cùm cætera (quam refert) antiquissima & veneranda caterua rectè concludit: vt vidisti, *l. 1. in prin. sup. isto titu.* & conclusio sua videtur sibi contradicere, cùm ipse fateatur sub peccato teneri pollicitatorem, neget tamen iuris canonici actionem. Nam ipse paulò antè eadem ratione conclusit contrarium in principali quęstione, vbi ea ratione dicebat ex pacto nudo oriri canonicam actionem, quia nō obseruando pactum, peccatur mortaliter. Hęc fuit prima & principalis ratio, quam Felinus cum cæteris doctoribus formauit. Sed eam hîc tacitè negat. ¶ Cùm igitur ex pollicitatione efficax oriatur de iure canonico actio, sequitur primò nō esse speciale in piis causis, quod tenebant Ioan. And. *in addi. ad Spe. in titu de ac. ce. Abb. in c. ex parte. de censib. imo in c. 2. de consue. Bart. & Bald. in l. illud. C. de sacrosanct. eccl.* Nam fateamur esse speciale, secundum regulas iuris ciuilis, sed secundum canonicas id negabimus, cùm sit verum, quòd regulariter ex pollicitatione quis teneatur. ¶ Secundò infero, ꝙ hodie secundum canones, si aliquis vouet bona sua, † dominium transfertur ipso iure. Vnde 69 dicimus tex. *in l. 2. ff. de pol.* non habere locū secundū dispositiones canonicas. Ibi enim cauetur, quòd ex voto dominiū non trāsfertur. Cuius rationem assignat Guilhermus, quem

Digitized by Google

ſequitur Bart. quia concurrerent duo ſpecialia. Primum, vt ex voto, quod eſt pollicitatio, quis obligetur. Secundũ, quòd dominiũ ipſo iure transferatur ex diſpoſitione ſpeciali, *l. fin. C. de ſacroſ. eccl.* Sic itaq;, cũ iure canonico non ſit niſi vnum ſpeciale, quia regulariter ex pollicitatione cauſatur obligatio, ſequitur dominij tranſlationem, ex cõcurrentia ſpecialium, nõ impediri. Simile dictum eſt, quod Bal. docet *in l. 1. C. de dotis promißione.* vbi cùm diſpoſitio illius text. procedat ex duabus ſpecialitatibus, quia dos incerta pacto promiſſa fuerat, & ideo non valet, inquit Bal. quòd de iure canonico non procedit tex. ille, quia eo iure regulare eſt, vt ex pacto naſcatur actio.

¶ Sed ego credo, quòd nec dictum Bald. eſt verum, quia ratio dicti falſa, vt ſuprà oſtendi *in l. legitima.* nec noſtræ illationi aſſiſtendum: non, quia non bene inferatur à doctorum intellectu: ſed quia eorum ſenſus mihi eſt dubitabilis nimis. De prima ſpecialitate ex ſenſu illarum legum fatendum eſt, ſcilicet, quòd ſit ſpeciale, vt ex voto teneatur. De ſecundo verò videamus, & probato, quòd iſte caſus voti non cadit in ſpecialitate legis finalis. C. de ſacroſanct. eccleſ. probabitur, quòd ex ſpecialitate tali non impeditur dominij tranſlatio: cùm nec transferretur, etiam ſi nullum fuiſſet ſpeciale. Et primò conſidero, quòd iſta duo ſpecialia in voto non ſunt circa idem, ſed circa diuerſa: nam quòd ex voto quis obligetur, eſt

tur, est speciale in ipsa productione obligationis: hoc à re ipsa constat. At quòd dominium post votum transferatur, esset speciale in executione obligationis, non in ipsa obligatione: ergo specialitates, & si in voto concurrant, non tamen in eadem causa, vel circa eandem qualitatem: igitur hoc non impedit dominij translationem, vt Bartol. declarat *in l. si quis pro emptore. de vsucap.* quod clarius per eandem l. si. tibi demonstro. Vbi donatio statim habet executionem in rebus ecclesię donatis. Sed hoc est speciale, quòd hodie pacto possit donari, & constitui obligatio donationis, *l. si quis argentum. §. fina. de dona. C.* secundum doctores, & tamen videmus, quòd eadem donatio promissiua, ipso iure, transfert dominium in ecclesiam, & hoc est speciale: ergo ista specialia non impediunt illius legis translationem. At si dixeris, quòd text. ille non intelligitur in donatione promissiua, falsò intelligeres, quia si donatio est executiua, nec est opus priuilegio, nec iure singulari, cùm doni datio statim transferat dominium, *vt l. 1. ff. de donat.* ergo intelligitur in donatione promissiua, quæ ita potest fieri pacto, sicut stipulatione, per ratione, l. si quis argent. Nec dicas † pactum donationis non esse donationem, vt Bar. declarat & malè *in l. iurisgen. in prin. ff. de pact.* de quo ibi vide, quæ pensata speculatione didicimus. Cùm. n. ipso pacto sit perfectissima donatio, *vt in §. perficiuntur. Inst. de dona. & in d. §. fi.* quis 70

si. quis negabit in l. fi. non includi pactum donationis? cùm maximè ille text. non possit intelligi in donatione executiua, vt dixi, & promissiua donatio eo modo fiat hodie pacto, prout antiquitus stipulatione, vt asserit Imperator *in d. l. si quis argentum. §. fina.* Vides ergo, quòd ista duo specialia impedire non possunt, quin voto dominium transferatur.

¶ Quid igitur docendum, quippe cùm videam sæpe docentes incertis & dubiis opinionibus vagari? Trepidè & verecundè ad nouas opiniones procedo: nō quòd ab eruditis lineam recusem, sed quia ab eruditissimorum sententiis dissentire, & posteritati nostras persuadere, non est Fortunij, sed esset viri natura fortunatissimi. Considero igitur formam & essentiam voti, quam inuenio in summa Ostiensis, tit. de voto, quem cæteri, quoad propositum, sequuntur, & est pollicitatio de re voluntaria Deo facta. Sed ego video, quòd aliud est
71 †polliceri rem, aliud dare rem: qui pollicetur enim, promittit dare, & non ob hoc sequitur dare, *vt in c. 1. de sponsa duorum.* j. Sponsalia enim habent consensum ad matrimonium: non tamen ob hoc sequitur esse matrimonium, facit quod notatur *in cap. penultim. de elect. libro 6.* Vbi dicit Ioan. Andr. in vltima glossa, quòd aliud est dicere, consentio in talem; aliud est dicere, do mandatum de tali eligendo: facit quod notatur *in l. in ementis. C. de contrah. emptio. cum similibus.* Ad propositũ ergo, qui aliquid promit-

promittit dare Deo, certè non habet intentionem in actu, sed ad actum: vnde iste remanet obligatus ad dandum, quia dare intendit. Ex hoc ergo non esset æquum præcipere, vt dominium censeatur translatum, quia esset contra iustitiam, & contra, aut præter intentionem ipsius vouentis: cum voluntas sit in voto, non in actu translatiuo vel executiuo. Quod tibi satis clarè ex aliis probabo. Primò per tex. *in ca. tertio, qui clerici vel vouentes.* Vbi dicitur, quod si quis nouerit professionem, deinde eam fecerit, si postea matrimonium contrahat, non valet. Sequitur, & in hoc facit, si tamen tantùm votum fecerit professionis, deinde matrimonium contraxerit, valet matrimonium, ideo non est compellendus adimplere, quod promisit primo voto. Idē constat *ex c. qui post votum. de regu. libro 6.* huius ratio ea est, quia qui voto promittit ingredi religionem, est astrictus voto ad ingrediendum, & non ob hoc est ingressus. Valet ergo matrimonium ante ingressionem: nec impeditur voto, quia voto nō se dedit, & si se ad dandum obligauit. Hanc eandem rationem confirmat & sequitur beatus Thomas *quarto sentent. distin. 38. quæstione 3. artic 2.* vnde intelliges, quod dicitur per tex. *in c. 1. de voto. lib. 6.* quod votum simplex non dirimit matrimonium subsecutum, quia simplex est promissio ad actum: vincitur ergo à consensu matrimonii in actu. Secus si votū sit solemne, id est ipsa professione

& executione firmatum, quia tunc cum sit professio actualis, non potest vinci: imo quod subsequitur, non est matrimonium. ¶ Item hæc confirmantur ex tex. sacræ scripturæ, quę
72 transcribitur *in † ca. in nouo. 21. di.* vbi dicitur, ꝙ in nouo testamento post Christum à Petro sacerdotalis cœpit ordo, quia dominus ei dixit, tu es Petrus, &c. Ergo secundum hoc, Petrus habuit sacerdotium ante passionem, quod est falsum, *vt habemus in c. fidelior. & in cap. considerandum. 50. dist.* Respondet glo. quod non sequitur eum habuisse sacerdotium & pastorale officium, per ista verba, quæ subiungit (*& super hanc Petram ædificabo*) ecce quod noluit tunc transferre, & si se translaturum promisit. Hæc est ergo causa, quare ex pollicitatione Deo facta, non transfertur ipso iure dominium rei pollicitæ. ¶ Sed tex. *in d. l. fi. de sacrosan. eccl.* aliam habet causam & rationem: loquitur enim de donatione, cui⁹ ea est qualitas, quod statim habet executionis intentionem: Est enim doni datio, *vt in l. senatus. §. doni datio. de do.*
73 *caus. mor. ff.* vnde qui † donat, eam mentem habet, vt statim velit rem accipientis fieri, *vt in l. 1. in princ. ff. de dona.* sed respondebis, ꝙ ille text. loquitur in donatione executiua, nos verò in donatione, quæ sola promissione concipitur: Fateor, sed etiam si donatio fiat promissione, tamé habet ipsam qualitatem executiuè: perficitur enim solo consensu, prout antiquitus ipsa traditione, *vt l. si quis argentum. §. fi.* & etiam stipu-

Digitized by Google

ſtipulatio dicitur donatio, *vt in l.2.ff.de donationibus*, & probatur *per eandem leg.fi.* vbi donationes appellantur, & tamen nihil fuit datum, niſi tantùm promiſſum: ſed in iſta promiſſione credo inſit qualitas quædam, vt cenſeatur voluntas teſtatoris ſtatim transferendi dominium: *per l.1.ff.eo & per rationem ſuam.* nimirum igitur, quod in donatione hoc diſponatur, vt ſtatim transferatur dominium, cum res ſtatim dicuntur donatæ id eſt dono datæ, *vt in dicta leg.fin.* ibi.donatas res vendicare, &c. Idem dicitur in legato, nã eſt donatio † quæ- 74
dam, quæ verè & intentionaliter incipit à morte teſtatoris, *vt leg. legatum.de legatis tertio*: ſed contra, quia dicit ibi Iureconſultus, quod legatum eſt donatio quædam à teſtatore relicta, ab hærede præſtanda. Ecce, quod ab hærede præſtanda erit: fateor, tamen à teſtatore relicta eſt donatio, & ab eo fit donatio, *vt l. vnum ex familia. §.1. de leg.2.* & ideo ab eo tranſit ſtatim, ſecuta morte. Nec obſtat, quod ab hærede ſit præſtanda, id eſt, tradenda, nõ tamèn danda ab eo, & ob hoc fit, vt recta via, etiam in aliis legatis priuatis perſonis relictis, transferatur de teſtatore in legatarium, non autem de hærede in legatarium. *vt lege à Titio.de furtis ff.* Hæc eſt ergo ratio, quare tranſlatio dominii ipſo iure cauſatur, quia videtur aſſiſtere voluntas donantis, & ſi non interueniat traditio. Sed contra de emptione, in qua idem diſponitur, *in dicta leg.fin.* Reſponde, quod

quod idem disponitur. scil. soluto precio, & si executione ex parte ecclesię facta, vnde etiam si vendens promittat tradere, & ob hoc non det, tamen cum ex parte ementis sit solutum pretium, vendens non solùm in venditione, sed etiam in executione videtur consentire: & ideo post executionem, id est post solutionem precii, transfertur dominium in ecclesiam. Et ita intelligit gloss. *ibi in verbo rem.* quam Bart. & cæteri sequuntur. Istæ ergo rationes cessant in simplici promissione voti, ideo ex voto non transfertur ipso iure dominium, ꝙ satis probatur ex mente & intentione legis secundæ de pol. vbi dicitur, quæ res id est vo-
75 tum personam † vouentis, non rem quæ vouetur, obligat. ecce, quod reale ius non est adhuc translatum. ratio, quia est promissio ad rem, non in re: prout in donatione. item facit in verbis sequentibus (*res enim quæ vouetur soluta quidem liberat vota, ipsa verò sacra non efficitur*) itaque dominii translatio non causatur ante solutionem rei, quæ vouetur, vt su. Hæc confirmo eiusdem Bart. auto. *in authen. ingressi. C. de sacrosanct. eccl. in lect. 1. in medio secunda col.* vbi di-
Singulare. cit singulariter quidem ad nostram cõfirmationem, quod ex simplici pollicitatione & voto, non transfertur dominium in ecclesiam, *vt in eadem l. 2.* sed si esset oblatio, itaq; transiret in speciem donationis, vt puta, quia se, & sua quis obtulit monasterio, etiam sine traditione transfertur dominium, & ita intelligit legem

Digitized by Google

legem si. su. al. Ecce ergo quod Bart. contra se ipsum confirmat nostrum intellectum. Non ergo dicendum est, ex duobus specialibus impediri dominii translationem, vt dixit in leg. 2. Item prædictus intellectus comprobatur ex dispositione eiusdem authenti. ingressi, vbi ingressi monasterium, etiamsi ex simplici voto se & sua non transtulissent, si tamen se professione dedicarunt, dominium omnium bonorum transfertur, etiam sine traditione. Ratio est, quia in ipsa dedicatione sui habet consensum in actu, vnde in actu tacitè, & accessoriè bona ipsa ipso iure transferuntur: secus est in simplici pollicitatione. Vnde primò reprobanda est gl. in verbo dedicant in principio, quæ ex oppositione legis 2. de pollicita. supra all. vult intelligere text. impropriè loqui, & ita damnat eam Bartol. *in repetitio. in 4. col. quasi ad finem*, & ita reprehendit Bald. & alii. Moderni tamen Ticinenses glossam aliter intelligere conantur, per eundem text. *leg. 2.* & per gloss. intentionem, quam colligit ex gloss. *in l. iubemus. §. sane. in verbo sacrilega.* Quippe si eam defendit, prout ipse intelligit, & prout glossam dicit intelligere, credo, quod & si vera loquantur, quod res non est sacra per professionem, prout ipsa persona, tamen aliud intelligunt leges. Primò auth. ingressi. dicit, se & sua dedicari Deo posse; Dedicatio † enim 76
ita potest cadere in rebus, sicut in persona, licèt alio modo in persona fiat, quam in rebus.

Sed

Sed quantum ad dedicationem, text. rectè loquitur, & non impropriè. Dedicare enim possumus, & nos ipsos, & bona: quia ista dedicatio non est nisi oblatio, *vt in capit. in præsentia. de probat. infra.* Item quo ad legem secund. de pollicitati. ibi ea ratione negatur sacram esse rem, quia adhuc non est oblata, sed tantùm pollicita. & ita ibi intelligit glossa, dum allegat leg. qui absenti. de acquir. possession. Nam si sit oblata, forsan erit consecrata, *vt leg. inter stipulantem. §. sacram. & in §. sacræ. Institut. de rerum diuision.* Hæc dixi, quia ita leuiter se obtulerunt: melius esset cogitandum. Et nota, quod Iasonis intellectus non potest adaptari glossæ meę, quia dicit dedicant, id est, transferuntur propriè quoad se: impropriè quo ad bona, *vt in lege secunda, &c.* Teneo ergo solutionem, quæ non firmat nostrum intellectum, quæ est ex sensu Bartol. *in lectura prima.* Vnde secundò infertur, non esse iustam aliam solutionem, quam dat Bartol. *in repetiti.* vbi dicit, quod Authentic. ingressi. loquitur, quando vniuersaliter se & sua vouit monasterio. Lex autem secunda loquitur, quando vna res particularis vouetur, cuius dominium non transfertur nisi facta traditione. Ita soluit Bartol. quæ solutio non potest stare, quia non constituitur differentia ex vniuerso voto, vel ex speciali: probatur, quia etiam si vniuersitas, puta pars bonorum, sit voto pollicita, non propterea transfertur dominium.

um. Ita est casus in eadem leg. secund. in §. fin. de pollicitati. & vt idem Bartol. fatetur *leg. 1. de lega. 1. in 4. column. in fine.* idem ius est in parte bonorum, quoad ius vniuersale, quod est in tota hæreditate, vel in omnibus bonis. ¶ Præterea ego credo, quod si quis Deo polliceatur omnia bona sua, non ob hoc transferatur dominium, etiam si ex Bartol. concludatur contrarium. Sed tunc demum transfertur, quando ego post votum ingredior monasterium, & facio professionem. Tunc enim pollicitatio solemnizatur per illam oblationem, & cum persona transferuntur bona, quod etiam fatentur doctores. Itaq; differentia stat in hoc, an votum sit solenne vel simplex: Non autem an votum sit rei particularis vel vniuersalis, quia in tali differentia non subest diuersi iuris ratio: cogita.

¶ Item ex supradictis infero rationem, quare etiam post mortem † vouentis, non 77
transferatur dominium rei pollicitæ. *vt patet in dicta lege secunda. in fine.* secus si fuisset legata res, *vt in dicta leg. fin.* quia in legato inest voluntas ipsius legantis, qui post mortem statim voluit esse rem legatarii, & idem facit in Christo, qui Petro dixerat: *& super hanc petram ædificabo:* nam etiam si dispositio conferatur in futurum, intentio futuri temporis erat destinata, scilicet vt in eius vicem succederet, quo vicarius Christi fuit appellatus. In pollicitatione verò & voto hæc intentio non apparet.

paret. Et notanda quippe eſt talis differentia, quia ſubtilis, & habet rationem, quia qui vouet, intendit ſe adimplere votum. vnde oritur ſatis pulchra dubitatio, an ſi quis in teſtamento facit votum bonorum ſuorum, ob hoc ea poſt mortem ipſo iure transferuntur? & videtur ex ratione text. *in d. l. 2.* quod non: ſed ego
78 pro nunc nihil affirmo. † Ex his opportunè occurrit ratio, quare eſt, quod quis poteſt ingredi religionem, etiam ſi contraxerit matrimonium de pręſenti, dum tamen non ſit ſubſecuta copula, *vt in c. commiſſum. de ſponſa. infr. & in c. ex publico. de conuer. coniug.* Reſpõdeo, quod etiam ſi matrimonium ipſo conſenſu ſit perfectum ſacramentum, & quoad ſpiritum, habeamus ſacramenti poſſeſſionem, tamen ſi poſſeſſio carnalis non ſit inter contrahentes reciprocè translata, ſi ingrediatur actualiter religionem, ſpirituale vinculum diſſoluitur ab alio vinculo ſpirituali efficaciori, & per ipſam profeſſionem conſolidato: ſecus eſt, quando iam poſſeſſio carnalis eſt aſſumpta. Vnde vinculum ſpiritus, & carnis, non poteſt diſſolui ab ipſo vinculo ſpirituali, id eſt profeſſione. Ita declarat ſanctus Thomas, *quarto ſententiarum. diſtin. 27. quæſtio. 3. ad finem.* Ad propoſitum ergo ſermonem reducamus. ſc. quod in d. l. 2. de pollicita. non ob duo ſpecialia non conceditur dominii translatio, imo de iure canonico nullum erit ſpeciale, quia ex pollicitatione regulariter tenetur: ergo ex voto per

per superiora. Sed arguitur sic contra istam declarationem: Certum est, ꝙ vbicunq; duo consentiunt, erit pactum, sed vnius offerentis promissio † est pollicitatio, *vt l. pactum de polli.* 79
in præsentem igitur nō fit pollicitatio: Ratio, quia præsens, cui pollicetur, consentire creditur, *vt l. qui patitur. ff. locati. not. in reg. qui tacet. de reg. iur. lib. 6. & ita declarant Dd. in §. sed cum nulla. super gl. in vers. igitur nuda. Bar. & Cin. l. 1. C. de pactis.* Io. de Imo. *in rep. c. cum contingat. in quæstione: an iuramentū sit obligationis introductoriū. Alex. l. 1. ff. de pactis.* ex quo etiā videtur concludi posse, ꝙ votum non est pollicitatio, cū fiat Deo, qui est præsens, *vt in l. properandum. §. sin autem reus. C. de iudicijs. in c. 1. de eo qui mittitur in [illegible] cau. rei ser. li. 6.* Ergo quid dicēdum, ꝓfectò oppositio est fortis, quia votū non esse pol. negare non possumus, cum constet *per l. 2.* & patet per definitionem, quam ponit Ostiensis & Odofr. *in summa eo. tit.* Augetur difficultas, ꝙ ex hoc etiā sequitur, præsenti non fieri posse pollicitationem: quia si præsens est, consentire videtur. Sed ad hanc difficultatem respondet Bartol. Sozin. *in rubrica C. de pactis*, quod si sit pollicitatio ex causa onerosa, etiam præsens censetur non consentire: Item si ipse præsens diceret, nec se consentire, nec dissentire, tunc enim verum est, non consentire, etiam si vergat in eo commodum. *vt Bartol. in l. quæ dotis. ff. solut. matrimon.* ¶ Profectò ego aliqualiter dubito, an inter presentes fiat † pollicitatio: quia si est 80

aliquis præſens, cui ego promitto, ea cauſa pmitto, vt ipſe conſentiat. At ſi conſentit, pactum eſt: quia eſt duorum cõſenſus: ſi recuſat & diſſentiat, non eſt pactum, nec credo pollicitationem eſſe: quia qui promittit, paciſci vult, & non paciſcitur, cum alter recuſet acceptare conſenſum: ex quo fit, quod eo recuſante nec polliceri velit. Et hoc bene fatentur doctores: quod probatur: finge, quod præſenti mulieri dixi, promitto te accipere in vxorem, ipſa tamen renuit talem promiſſionem: certè ego nec ex pollicitatione teneor, quia cum præſente non ago, vt ego debeam tantùm offerre: nec ex pacto, quia ipſa renuente non eſt pactum, vnde omninò ſum ſolutus ab illa promiſſione, *vt in c. de illis de deſponſ. impube. in fine.* Si verò damus caſum, in quo præſens, cui fit promiſſio, non conſentiat, nec diſſentiat, eadem mihi videtur ratio: quia qui promittit vult paciſci, at dum alius non conſentit, deficit actus ex parte alterius, & ideo credo nihil actum. Vnde ego credo, quod forſan dici poteſt, quod inter præſentes nunquam fit pollicitatio, vt inferius clarè oſtendam. ¶ Præterea in le. qui patitur. eſt cauſa onceroſa, quia contractus reciprocus. ſc. ipſa locatio, ergo arguenda videtur doctrina modernorũ.

81 ¶ An autem inter abſentes † fiat, cogitandum adhuc videtur, quia aut abſenti promitto per literas, vel per nuncium, & tunc eſt pactum, ſcilicet cum ipſe ſciuerit & acceptauerit: & ante-

antequam sciat, promissio mea non habet extremum, cui ad perfectionem actus coniungi desiderat: vnde reducitur ad tempus, quo ipse sciuerit & acceptauerit, *vt in leg. qui absenti. ff. de acq. poss.* & ita intellige legem, Labeo. ff. de pactis & l. consensu. de obligat. & actio. *& in leg. in re hypothecæ. de fide instrum. ff.* aut absenti promitto per præsentem, & est pactum alteri pro altero factum, & non pollicitatio, *vt notatur in l. 1. in verbo. in idem. ff. de pactis & ibi Bart. & cæteri. & vide quæ ibi dixi.* Aut promittit absenti iuramento, & tunc est pactum inter Deum & promittentem, quia Deus potest dici pręsens, *vt in capit. debitores. de iureiurand.* vel potest dici pollicitatio, vt infra videbis. Aut nec fit alicui præsenti pro absente, nec fit iuramento, sed simpliciter promitto Titio centum, & tunc videtur quædam fatuitas: cum verbum *promitto* requirat promittentem, & cui promittatur. Ideo cum sit absens, si aliquod medium organum non interueniat, verbum *promitto* non potest verificari, nec adaptari huic actui: vt in alio proposito dicebat Bart. *l. 1. super verbo in idem. ff. de pactis.* & confirmat Abb. *in cap. si cautio. de fide instrum. penul. col.* ¶ Sed replicabis de text. *in leg. sciendum. §. dictum. de adi. edicto.* vbi pollicitatio est promissio, & tamen pollicitatio est solius offerentis. *vt in lege pactum. supra all.* Respond. & considero, q̃ pluries in iure assumitur pollicitari † pro pacisci: nã polliceri 82
etiã per stipulationẽ dicimus, vel per pactum.

Promissio sine persona cui promittatur non valet.

Digitized by Google

vt in l. ad exactionem. Cod. de do. pro. & in leg. fin. Co. ad Velleia. secundum quod ibi Doctores intelligunt: & de isto modo pollicitationis non loquor. Alio modo dicitur polliceri, quod differt à pacto, est enim talis pollicitatio, solius offerentis promissio: *vt in d. l. pactum.* & istam pollicitationẽ nõ inuenio inter homines fieri, sed fit, cum fit rei publicæ, vel Deo de aliqua re promissio. Hoc colliges ex toto titulo de pollicitationibus, maximè ex lege 1. & 2. & ex eadem l. pactum. Inter homines enim vel
83 personas † corporeas, non habet locum pollicitationum titulus, nec de talibus pollicitationib. loquitur titulus ille. Huius rationem eam esse credo, quia solus offerens nõ potest considerari congruè inter absentes vel præsentes personas, nisi interueniat pactum, vt supra ostendi: nec ego cum Deo vel republica pactum facio, sed offero, vt infra videbis. Forsan hæc videbuntur vera, & si doctores aliter intelligant. Nec obstat, quod Deus sit vbique præsens, *vt in dicta l. properandum. §. sin autem.* vel quod res publica habeat personam quandam fictitiam & repræsentatiuam, *vt in l. mortuo. ff. de fideiuss.* nam præsentiam Dei considerare debemus tanquam vniuersis assistentem: nõ tanquam ad cõsensum se mouentem: & ideo cum nõ consideramus cõsentientem, quasi humano consensu, qui est ex diuersis animi moribus duorum idem sensus, *l. 1. ff. eod.* Iureconsulti enim bene cõsiderabant Deum omni-

Consensus quid.

Digitized by Google

omnibus aſſiſtere:probatur,quia fatentur vota ei licitè, & efficaciter fieri, ſed talem aſſiſtentiam nō ita intellexerunt, vt inter ipſum, & nos paciſci dicatur, *vt in dicta l. 2.* Ideo vota appellata ſunt pollicitationes. Eodem modo eſt in republica, quæ perſona quædam fingitur omnium repreſentatiua,verè tamen conſentire non poteſt, nec paciſci, niſi omnes membri paciſcerentur, quos repræſentat l. 1. §.fi.ff.de ac.poſ.declarat Barto.*l.aut facta.§.non nunquam.ff.de pœnis.* Ab hoc ergo dicitur, ſolius offerentis promiſſione vti poſſe circa rem publicam. ex hoc intellige leg. pactum. de pollic. ſup. all.in prin. cui legi dedi alium intellectum. *in fin.leg ſi vnus.§.pactus.ff.iſto tit.* ſi tamen, prout Bart.ibi intelligit, velles intelligere legē illam,ꝙ verbū,*quaſi*:intelligatur,vt improprietatem quandam ſignificet,taliter poteris intelligere: ꝙ ſicut pactū eſt duorum conſenſus,ita pollicitatio eſt vnius offerētis promiſſio. ſc.quando fit rei publicæ:& ideo ſi ob honorem aliquid reipublicę:promittatur, quaſi debitum ipſo pacto exigitur: quia ſicut pacto cauſatur debitum, quando pactum habet cauſam,*vt in l.iuriſgent.§.ſed & ſi.ff.eo.* Ita eadem ratione,quando ob cauſam honoris reipublicæ promiſſum eſt,id exigi poterit:hoc modo poteris intelligere leg. illam. aliàs intelligendo, quod non ſit vere debitum, quod ex pollicitatione ob honorem facta debetur, eſſet non rectè intelligere,vt patet *in l.1.eo.ti.* & ego ſatis

Digitized by Google

clarè ostendi contra Bartol.*in d.§.pactus.*¶ Notandum tamen est, quod si pollicitationem isto modo non declaramus, intelligendo prout doctores, bene concluditur, votũ esse pactum, & non pollicitationem: quia Deus pręsens est, & assistit, siue assistat in particulari, siue vt causa vniuersalis: & ita procedunt, quæ dixi su.*in l.1.in pr.* dum resoluebam arg. doctorum. Sed si hæc tenemus, quæ videntur profecto colorata: sequitur, & verum est, votum esse pollicitationem, & nõ pactum; & si pacti vim habere noscatur, vt videbis. ¶Contra hęc primò, oppono *de c.de illis.in fi.de despons.impuberum.* vbi ex consensu vnius tantùm, quis obligatur, ergo ibi ex pacto non obligatur: si non ex pacto, ergo ex pollicitatione: cum ea ratione non obligetur ex pacto, quia vnius est consensus: & in hoc non differt à pollicitatione, & ideo verificatur ibi pollicitatio. Vnde duo constant: primum, quod etiam pollicitatio fit inter priuatos & præsentes: secundò quod si quis alteri promittat, & is, cui promittitur, nec assistat, nec renuat, erit pollicitatio. ¶ Respondeo, negando vtrumque corollarium: non enim sequitur, ex voluntate vnius obligatur & non est pactum, ergo est pollicitatio: cum non omnis voluntas vnius sit pollicitatio, sed cum est promissio offerentis, quæ in republica, vel in Deo, vel forsan in similibus verificatur: ibi igitur obligatur promissor, ex sola voluntate contrahendi contractus, non polli-

Digitized by Google

pollicitationis: consentiebat enim in matrimonio,& sic in contractu. Vnde nota ibi casum, ꝙ ex sola vnius voluntate efficaciter obligatur,& ita eodem modo intellige tex. *in c. si tibi absenti. de præb. lib. 6.* & ea quę dixi s. *in l. 1 in pr.* in pollicitatione, quam vt Dd. ibid. intellexi. Valet tamen argum. si ex sola voluntate vnius obligatur quis, quando agitur de contrahendo, ergo à fortiori obligatur ex voluntate vnius in ipsa pollicitatione: Et ita salua argumenta ibi proposita. Secũdum etiam corollarium non valet simpliciter, aut enim is, cui promittitur, nec annuit, nec renuit, quia pro nũc cõsentire non potest,& ego, qui promitto, scio pronunc eum non consentire nec dissentire, & in isto casu obligor. Finge quod cum infante in cunabulis consensi matrimonio, vel quod episcopus absenti fecit collationem beneficii: tunc in isto casu obligor ego & episcopus: quia cõsentiremus scientes, quod soli simus in consensu: si tamen consentiremus, vt etiam alius statim consentiat, nec consentit, nulla esset obligatio, vt supra dicebam: nec erit pollicitatio, vt doctores credunt. ¶ Ex his infero, ꝙ eadem est ratio in pollicitatione obseruanda, quę est in pacto: quia prout in pacto concurrit duorum consensus, ita pollicitatio, etiam si sit vnius promissio, tamẽ cui fit, censetur ac si consentiret. Nam si reipublicæ vel Deo aliquod, quod in se sit licitum, promittas, certè consideratur,& rempublicã,& Deũ

acceptare tuam promissionem: aliàs promissio esset nulla, nec posset deberi alicui, quod est contra tex. *in l. 1. ff. de pol.* & contra l. 2. eo. tit. vnde dictum est, ꝙ reddas Deo vota & iuramenta sua, *vt in c. magna. de voto. in cap. debitores. de iureiuran. & in c. & si Christus. eo tit.* ex quo colligitur ius ita considerasse vota & pollicitationes, vt nō negent acceptationem illius quod offertur. ¶Ex ista declaratione concluditur, ꝙ sicut pacta de iure canonico habent ius agen-
84 di, ita eadem ratione † oblationes, quæ fiunt Deo vel reipublicæ, quæ dicuntur pollicitationes. ¶Secundò concluditur, quod sicut pacta nuda de iure ciuili erant inefficacia, ita eodem modo erant inefficaces pollicitationes, nisi vestirentur aliqua causa: & sicut pacta nuda vestiuntur causa ad producendam actionem, *vt in leg. iurisgentium. §. sed & si. ff. eod.* eadem ratione vestiuntur pollicitationes, *vt in l. 1. §. cœpisse. & in leg. pactum. ff. de pol.* Item infero, quod in omnibus casibus, in quibus de iure ciuili oritur actio ex pacto nudo, orietur etiam ex pollicitatione, dū casus sit aptabilis ad pollicitationem. Quæ quidem cōclusio, & cætera, quæ diximus, sunt à vulgi opinione omnino differentia: sed vides qua ratione constent. ¶Item infertur quod optimè, & eadem ratione loquitur gloss. *l. iurisgentium. in §. quinimo.* dum ponit vestimenta pactorum, & vltimò dicit, pactum vestiri rei initio, & alleg. l. 1. §. cœpisse. de poll. quasi eadē versetur ratio in vesti-

vestimento pacti nudi, & pollicitationis. Itaque tam secundum modum, quo ibi (si pollicitationem, prout vulgus, intelligimus) declaraui, quàm etiam secundum istum, qui videtur habere clariorem rationem. Glossa videtur habuisse bonam opinionem: Felin. ergo non rectè declarat in prima declaratione, cùm iure canonico velit differre ratione pacti & pollicitationis. ¶ Secũda declaratio, quam ponit Felinus, est, quòd text. noster procedat, cùm ego tecum paciscor tibi dare vel facere, 85
si tamen tibi promisero † alteri dare vel facere, pactum non est seruandum. ratio est, quia tu, cui ego promitto, non poteris agere: quia tua non interest, nec ille alter poterit agere, quia per alterum alteri non quæritur obligatio, *l. stipulatio ista. §. alteri. de verb. obl.* Vnde intellige text. nostrum, quòd hîc pacta fuerunt facta contrahentibus, non autem, vt alteri quęreretur obligatio. Sed quia obstat glo. *in c. quotiens cordis. iuncto text. 1. q. 7.* vbi dicitur, quòd tenetur quis de iure canonico ex tali promissione. Responde, quòd id intelligatur per viam denunciationis Euangelicæ, de qua in c. nouit. nam cùm sit naturaliter obligatus promittens ei, cui promittit, ipse potest per viam denunciationis procedere cõtra promissorem. Hæc sunt verba domini Abba. *in c. si cautio. super tertio notab. gloss.* ĩ. *de fide instrum.* & dicit hęc aliàs ita non discussa, quæ demum Felinus hîc confirmat.

Digitized by Google

¶ Ego satis latè hæc examinaui *in l. prima, de pactis. & vi. ibi in quarta charta.* quo ad propositum tamen nostri tex. hi clarissimi patres non videntur rectè loqui, ego enim recēseo, quòd etiam si alteri non quæratur obligatio de iure canonico, tamen ei, cui promittitur, quęritur actio de alteri dando vel faciendo: ratio est, quia est licita conuentio, ergo per text. nostrum compelletur quis eam obseruare. Si tamen dicas, quod ei non interest. Respondeo, quòd ei non interest illo interesse, quod requirit ius ciuile, vt sibi quęratur: nam cùm sint inuentæ stipulationes, vt vnusquisque acquireret quod sibi interest, si alteri quęratur, non sibi acquirit, quod sua interest: ideo non valet. Hæc est ratio ciuilis legis, ex qua alteri inutiliter stipulatur: ita declarat Iureconsultus *l. stipulatio. §. alteri. & in §. alteri. Institut. de inutili stipulatione.* Sed iuris canonici fundamentum ad pacta obseruanda, est fidei obseruantia, in qua versatur ius, & ratio naturalis, in quam si quis commiserit, peccat, & anima eius peribit. Cùm igitur finis canonicæ legis sit, reseruare subditos à peccato, *vt in eodem cap. nouit.* ob id præcipitur pacta obseruari in cap. nostro. Ergo in obseruandis conuentionibus alteri factis, non deficit finis legis canonicæ, prout deficit finis legis ciuilis. De huius argumenti ratione idem Ab. vtitur in alio proposito *in cap. veniens. de iureiurando. quasi ad finem.* at si dixeris, quòd finis iuris canonici est etiam

Finis iuris Canonici.

seruare

ſeruare iuſtitiæ præcepta ad conſeruationem Reipublicæ, vt patet ex prooem. Gregor. & conati ſunt ſuſtinere quidam diſputãtes moderni. Fateamur, tamen ex hoc non negabitur iſte finis euitandi interitum animarum, cùm præcipuè ſpiritualis ſit iuriſdictio canonica, quia ſpiritus cõſeruationi ſubeſt, eò maximè, quòd vtrique fini competit fidei obſeruatio, cùm ſit iuſtitiæ fundamentum.

¶ Item ex hoc poteris dicere, quòd dom. Abb. non ſubtiliter loquatur, cùm fateatur viam denunciationis, nam illa via præſupponit peccatum: dicit enim Dominus in Euangelio: Si peccauerit in te frater tuus, & conſtat hoc in c.nouit. Cùm ergo ſub peccato teneatur ex illo pacto, quare negauit, vt tale pactum comprehendatur in noſtro c. At cùm dicat, quòd text. noſter loquitur in pactis ſibi factis, & non in pactis alteri factis, melius cõſiderandus eſt text. noſter: nam fateor, quòd caſus fuiſſet forſan inter paciſcentes ſibi, ſed iſte caſus determinatur quadam ratione generali. Nam ideo cõuentus compellitur, quia dixerunt vniuerſi *pax ſeruetur, pacta cuſtodiantur:* caſum ergo noſtrum intelligas ex ratione, non ex caſu rationem. Nam quando ratio ponitur vniuerſalis, caſus exempli gratia ponitur, & ex ea ratione, tanquam excellentiori argumentamur, *vt l.cum mulier, ff.ſolut.matr. l.1. §.quod vulgo.de vi & vi arm.ff.* cõſtat ergo, ꝙ text. noſter cõprehendit literarum ſignificatione & ra-

Caſus intelligi debet ex Ratione, nõ aũt ratio ex caſu.

Digitized by Google

& ratione pactum, etiam si sit alteri factum. ¶ Item cum dom. Abb. fatetur naturalem obligationem, & diffitetur canonicam, loquitur contra rationem tex. *in c. fi. 9. dist.* & contra seipsum *in c. debitores. de iureiurando.* vbi argumen-
86 tum credit validum † à iure naturæ ad canonicum: vnde cùm iure naturæ sat sit id interesse, vt beneficio meo alteri quæratur, ita erit etiam de iure canonico: & ideo te possum compellere, vt tertio soluas. Sed ad cap. quanquam. de vsuris. libr. 6. singulariter eum intelligendo, respondi *in dicta l. 1.* vbi hæc latius vide.

¶ Tertia declaratio est, quod in tantū pacta canonico iure custodiantur, quòd etiam si de iure ciuili in obligationib. facti succedat obligatio ad interesse, nec promittens præcisè compellitur, *vt in l. stipulationes non diuiduntur.*
87 *de verborum obl.* de iure † tamen canonico compellitur præcisè ad faciendum, quod promisit. Hæc fuit opinio Ludo. Roman. *in dict. l. stipulationes.* sed est contra opinionem Io. Andr. & Vincen. *j. in c. qualiter.* & demum sequuntur Moderni opinionem Io. Andr. & non tenent hanc declarationem. sed & si alias declarationes recusem, hanc opinor veram.

¶ Primò contra istam declarationem facit,
88 quia † promittens factum, promittit duo: vnum expresse, scilicet factum, aliud tacitè, scilicet interesse, *vt in l. stipulationes. §. Celsus. sup. al.* sed in alternatiuis est in electione debitoris solue-

soluere, quod velit, *vt in l. plerunque. ff. de iure dot.* ergo præcisè non tenetur ad vnum. & ita arguebat Vincent. & Ioan. Andre. ¶ Secundò arguitur de duobus specialibus euitandis, cõtra l. 1. C. de dotis promiss. l. vt ex pacto nudo, & vt precisè teneatur. ¶ Tertiò adducitur tex. *in c. dilecti. de arbi.* vbi etiam si consensu partium sit compromissum, & sententia sit lata, tamen non cogitur pars stare sententiæ, sed soluendo pœnam vel interesse, liberatur. Ex quo satis clarè sequitur, non esse standum præcisè promissis, quia sententiæ, cui stari promissum est, non coguntur præcisè parere. ¶ Quartò facit talis ratio: certum est, quòd illud, quod dicitur in obligationibus succedere interesse, prouenit ex æquitate: probatur, quia in cõtractibus bonæ fidei, qui æquitate reguntur, etiam in obligationibus dandi succedit obligatio ad interesse. Hanc sententiam tenet gl. *in §. actionum. in gloss. 2. circa medium. Institut. de ac.* quam commendat Bald. *in cap. cum venerabilis. 5. colum. de except. & in l. vnica. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest pro. 5. colum.* eadem ergo ratione, cùm ius canonicum summam & naturalem sequatur æquitatem, dicendum est, quòd potius eo iure debeat succedere interesse.

¶ Quintò facit, quia pacta debent à lege interpretari: hinc est, quòd si fiant contra leges, non est æquum ea seruare, *vt l. pacta. Cod. de pactis. l. iurisgentium. §. prætor. ff. eodem.* & ideo exponebat Innocen. *in cap. nostro.* pacta scilicet legitima.

tima. & probatur *in c. pactum. de verborum sign.* ergo cùm successio ad interesse veniat ex legali interpretatione, dicendum est, quòd pactum, etiam de iure canonico, debeat eam interpretationem assumere. ❡ His & similibus non obstantibus, contrarium sustineri potest, pro ista parte, & contra vulgarem opinionem adducere poteris tex. nostrum, quem in notabilibus adduxi. Hic enim facti erat obligatio, patet, quia se cohibere ab aliquo promiserat iste cõuentus, & præcisè compellitur sub ecclesiastica disciplina, vt cohibeat: ergo nõ succedit interesse: quod si successisset, non simpliciter compelleretur. ❡ Secundò probatur, eo præsupposito, quòd in obligationibus facti interesse non venit ex conuentione, vel intẽtione partium, sed ex legis surrogatione, constat hoc ex sententia Iurecõsulti *in l. si quis ab alio. §. fi. de re iudi. ff.* vbi si feci factum promissum, dicit Celsus, quod feci quod promisi: si minus, quia nõ feci quod promisi, in pecunia numerata condemnor, sicut euenit in omnibus faciendi obligationibus. Hæc sunt verba formalia legis, ex quibus clarè elicitur, quòd existimatio, quę venit in obligationibus facti, non venit ex promissione: imo nõ seruat promissa, qui interesse soluit, sed ad interesse obligatur, vel dãnatur à lege. Et idem sentit idem Celsus *in eadem l. stipulationes. versicu. Celsus.* cum dicit, facti dandam petitionem, iuris esse æstimationem. Idem confirmat Bartolus *in eadem l.*

Interesse qui soluit, nõ seruat promissa.

dem l. stipulationes. in 7. quaestione. & si alibi ipse contrarium dixerit. Videamus igitur rationem, ex qua iure canonico pacta obseruari praecipiuntur: quippe negari non potest hanc esse: vt fides obseruetur, quia qui promissa non seruat, contra rationem naturalem peccat: ergo factum, prout promisit, soluere debet, aliàs promissa non seruat. Nec obstat, quòd ipse soluat interesse: quia hoc non ex fidei & conuentionis intentione, sed necessitate legis facit, vt patet suprà. Ideo dicendum est de intentione iuris canonici esse, vt vnusquisq; quod promisit obseruet. Hinc text. noster simpliciter dicebat, *conuentum vt se cohiberet esse compellendum.* ¶ Tertiò facit satis congruens ratio: certum est secundum cōmunem (quam ostendam veram) opinionem, quòd si facti obligationi adijcias † iuramentum, ex tali adiectione promissor compelletur prçcisè, *vt in c. fin. ne praelati vices suas:* sed quaero de ratione, nam ex ea iustū ab iniusto discernitur. ratio certa est, quia prout iuras, ita debes adimplere: nam ex iuramento resultat quaedā promissio, quam Deo facis, & ei, prout promittis, ita debes obseruare. Sed in hoc nulla debet esse differentia, quia sicut Deo teneor obseruare cōuenta, ita parti secundū ius naturae. Et ideo dicimus, ꝙ Deus aut natura nullam facit differentiam inter iuramentum & simplicem promissionem, *vt in c. iuramenti. 22. q. 7. & in §. 1. l. 6. distin.* Nec obstat, quòd praetor etiam dicit

Communis opinio.

89

pacta

pacta esse seruāda, sed nihilominus seruat per successionem ipsius interesse: ergo eodē modo in iure canonico. Responde, quòd ius prętorium non se exterminat à iure ciuili, sed ius canonicum, & eius ratio, terminos sequitur ipsius iuris naturalis. ¶ Quartò his satis consonat, & ex his comprobatur, quod dicitur *in c. qualiter. infr. eodem.* vbi studiosè agendum est, vt ea quę promittuntur, opere compleantur: opere ergo compleri debent, quę in conuentione deducuntur. Nec dicas opere compleri satis, dum interesse soluitur: nam hoc non est opus cōplere promissionis, sed iuris prouisione suppletur. ¶ Ex his poteris tenere singularem opinionem ipsius Romani, & si cæteri antiquiores & neoterici contrarium firment: an autem eorum fundamentum sit firmum, statim videbis. Primum argum. quod fuit Vincentij & Ioan. Andr. concluderet necessariò, si verum esset præsuppositum, quod tamen credo falsum. dicunt ipsi: qui promittit factum, promittit duo, vnum expresse, aliud tacitè. dic, quòd vnum promittit, scilicet factum, quod satis constat *in d l. si quis ab alio.* aliàs etiam sequeretur, quòd etiam adiecto iuramento posset soluere interesse, quia non faceret contra promissa, quod tamen est falsum, vt plures doctores tenent. Nec lex stipulationes. id probat: imo Celsus est in contraria opinione, vt dicebam in secundo argum. ¶ Non obstat secundum argum. de duob. speciali-

Singulare.

Digitized by Google

cialibus.& primò cõsidera, quòd ista duo specialia sunt circa diuersa, vnde non sibi fiunt incompatibilia: primũ enim speciale est circa producẽdam actionem: secundum circa executionem:& etiam si dicamus circa idem esse, prima specialitas non impedit aliquid per rationes, quas latè ostendi suprà in vltimo notabili. Nec secundum debet impedire, quin concurrere possint, quia, prout primum habet meros terminos veræ iustitiæ & æquitatis naturalis & diuinæ, ita secundũ: imo, quia id est naturale, vt promissa ex fide seruentur, dissentit ius canonicum à ciuili: non ergo est ob hoc dicendum, quòd ista duo, vt specialia & restringibilia, cõcurrere non possint. Præterea negare poteris, quòd aliquod horum sit speciale, quia prout regula est iuris ciuilis, vt ex conuentione nuda non oriatur actio, & ꝙ in cõuentionibus facti succedat interesse: ita est regula canonicæ legis, vt conuentiones licitæ eodem modo, quo promittuntur, obseruentur: nec succedat obligatio extimationis. Constat ergo, quòd vtraque est sui iuris regula, quæ autem iustior sit, tu ipse vides, cùm omnis iustitia iuris positiui à iure naturali & diuino sumatur, vt suprà ostendi in primo notab. Et hoc nostrum ius canonicũ nihil in hoc mutet à iure naturæ, imo in totum naturam imitatur, præsertim, ꝙ lex ciuilis mutat conuentionem naturalem, & eius naturam (vt ita dicam) primordialem. Item tibi ostẽdo, ꝙ re-

gula iuris ciuilis ex alio etiam erit restringibilior: qa specialior: nam iure canonico, in obligationibus cōuentionalibus indistinctè præcisè fit compulsio. Item iure ciuili idem est in obligationibus iuris: sed in facti obligationibus tantùm succedit obligatio ad interesse: ergo est specialius, quàm regula iuris canonici, & exorbitat à regula naturali, diuina, & canonica. ¶ Quare autem specialia restringi de-

90 beant † potius quàm generalia, ita considera, quòd de ratione legis humanæ est, vt ordinetur semper, & dirigatur ad bonum cōmune: vnde vltimus finis legis est, humanæ vitæ fœlicitas. Cùm ergo omnis pars ordinetur ad totum, sicut imperfectum ad perfectum: ita leges, & si particulariter disponant, dicūtur dirigi ad totum, id est ad commune bonum. Hoc est quod dicitur *in c. erit autem lex. 4. distin.* quòd lex debet esse communis, dic, id est, ad commune bonum tendens: quę exemplo naturali demonstrari possunt. Nam naturaliter in quolibet genere, id quòd est maximū in illo, dicitur principium aliorū, & alia dicuntur secundū ordinē ad ipsum. Verbi gratia, ignis, qui est maximè calidus, est causa caliditatis in corporibus mixtis, quæ in tantum dicuntur calida, in quantum participant de igne. Eodem modo leges, in quantum magis tendunt ad cōmune bonum, in tantum habent de fine & ratione legis. At dum sunt singulares, quia ex singularibus cōmunitas conseruatur, ideo habent

ex Singularibus communitas reserua tur.

Digitized by Google

habent legis rationē. Sed ista est minor, quàm quæ communis est, ideo leges singulares non sunt extendendæ, prout leges, quæ vniuersaliter in cōmune bonum eduntur: quia nō habent tantùm nec de legis ratione, nec de fine. Hæc est ratio legis ius singulare, & l. quod vero. de legi. ff. quam habui à Peripat. maximè à sancto doct. *prima secund. quæst. 90. arti. 2.* Ne mireris, si argumentorum solutiones latis verbis proferimus: membranas enim, quas maximè Moderni auctorū vana cumulatione com plerūt, nos ratione distincta occupamus, plures forsan iustitiæ causas ex caudis nostrarum solutionum elicies. ¶ Non obstat tertium argum. *d. c. cùm dilecti. de arbit.* cui Ludo. Roma. & Moderni hîc, eum referentes, respondent, quod ibi ideo non compellitur præcisè ad arbitriū, quia in hoc fuit satis grauata pars ipsa, scilicet quòd siue iustè, siue iniustè fuerit arbitratus arbiter, ipse debet parere arbitrio, *vt in l. diem proferre. §. stari. de arbi. ff.* ergo sat erit hoc grauamen sine alio, non ergo erit cōpellendus pręcisè parere, sed ad pœnam vel ad interesse. ¶ Profectò ista solutio multū à remotis infert, nec ego hæc, si iusta sunt, credo esse grauamina: cùm maximè tantū grauaminis habeat solutio pœnæ, sicut si cogeretur stari arbitrio, quia vtrunque est in conuentione, vt videbis. ¶ Vera ergo respōsio est, quòd ibi nō succedit interesse loco facti promissi, vnde in hoc falsum præsupponūt, sed cōpellitur alternatiuè,

vel ſtari arbitrio, vel ſoluere pœnam: cuius ratio nõ extat, certè nimis obſcura: nam ibi ſub pœna ſupponitur promiſſum ſtari arbitrio. promiſit enim ſtari, aut ſi non ſteterit, ſoluere decẽ, ita itaque alternatiuè duo ꝓmiſit: vnde ſicut ꝓmiſit, cogitur, & hoc eſt nr̃ale, & diuinũ, & canonicũ: vt ſi alternatiuè ꝓmiſit, alternatiuè cogatur. Secus, dũ ſimpliciter ꝓmiſit. Et quòd pœna ibi fuiſſet promiſſa, conſtat expreſſè, dum dicit: per pœnam in compromiſſo ſtatutam appellatione poſtpoſita compellatis. Hic eſt verus intellectus. ¶ Non obſtat glo. *in §. actionum.* quia ibi reprehenditur à Io. de Platea, & Ioan. Fab. & dom. Alex. *in l. ſtipulationes. ſu. al.* & communiter omnes, vt ibi per Modernos *16. colum. ibi quinto limita.* ¶ Non obſtat quintum fundamentum, quòd pacta debeant eſſe legitima, & à lege interpretari: qđ fatendum eſt in legibus ciuilibus: ſed iure canonico, quando ſua interpretatio deuiat ab intentione canonicã, ſumenda eſt interpretatio à fine canonici iuris, qui eſt, vt vnuſquiſq; obſeruet promiſſa, *vt in c. qualiter. & ſup. latè dictum eſt.* vides ergo doctorum fundamenta, & noſtra: ſit tibi bonus delectus. ¶ Ex iſta opinione (ſi eam veram tenes) primò poteris in-
91 ferre, ꝙ etiã ſi interueniat † ſtipulatio, in qua promittitur factũ: nihilominus de iure canonico compelletur præciſè ad factũ: ratio, quia cùm ſtipulationis ſolennitas de iure canonico nõ ſit neceſſaria, ſtipulatio cõſideratur, vt cõuentio,

uentio, & ob id obseruatur. Prout enim dicimus, iure naturali in stipulatione inesse nr̃alem obligationem, quia nõ possumus negare stipulationẽ esse cõuentionem, *vt in l.1. §.adeo. s̃.eod.* ita eodẽ modo inest obligatio canonica: quia prout ratione nr̃ali constat cõuenta esse obseruãda, *vt in prin.l.1.* ita iure canonico, *vt in l.nostra.* Vnde stipulatio, cùm sit cõuentio, cõfirmatur ex c.nostro, & ob hoc est efficax, ideo istius text. ratione dicendũ, ita adimplendum esse, prout conuentũ est. Fateor tamen, ꝙ etiã de iure canonico detur certi condictio, vel ex stipulatu actio ex stipulatione, *vt in l.vbi aũt. in prin.ff.de verb.obl. & in prin.Inst.eo.tit.* quia in hoc non difformat à canonicis institutis, & cõfirmata cẽsetur illa regula per c.1.de no.op.nun. ¶ Vnde & si de iure ciuili sit aliqua dissensio, an detur certi cõdictio, vel ex stipulatu actio, quãdo in stipulatione deducitur factũ, & agitur ad interesse, *vt in l.vbi aũt.in §.qui id quod.ff.de verb.obl.per Bar.& cæteros in l.certi condictio.in prin. ff.si cert.pet.* de iure tamen canonico nulla erit dubitatio, quia ad factũ agetur, nec respectu ipsius interesse dicetur incertũ, nisi ex alio dicatur: sed aliquantulũ melius cõsidera. ¶ Secundò, retenta prima opinione, infertur, ꝙ etiã in contractib.† innominatis, in quib. sine 92
distinctione dicitur agi ad interesse, siue sint obligationes dandi, siue facti, *vt in l.naturalis.§.& si quidem. de præs.verbis.l.1.ff.de rer.permu. in fine.* tamen de iure canonico cõpellentur præcisè:

Vuu 3 aut

aut quare non cōpellantur ex ſcriptis docto-
rum mihi non concluditur, quod ſatis proba-
Communis opinio. tur ex glo. communiter approbata, *in l. ſi pecu-
niam. de condi. ob cauſam. in prin.* vbi in his contra-
ctibus iuramentum operatur, vt quis præcisè
teneatur, ſed eadem eſt ratio de iure canoni-
co in ſimplici promiſſione, prout ſu. vides,
& tenet Abb. *in c. veniens.* ergo, &c. Et nota iſta,
quia nō alibi inuenies, & certū id teneas, ꝙ ea
ſuſtinerem, ſi quis contrarium dicere vellet.

¶ Ex his etiam inferre poteris ad limitatio-
nes, quas referunt maximè Papienſes Moder-
ni. *in d. l. ſtipulationes.* vbi aliquos enarrāt caſus,
93 in quibus etiam in obligationib. dandis † ſuc-
cedit obligatio ad intereſſe: vt puta, ſi alteri
dari ego ſtipulor, nam tūc ſuccedit obligatio
ad intereſſe, nec tenetur præcisè ad dandum,
per tex. l. liber homo. il ſecundo. ff. de verb. obl. quippe
iſta limitatio inculto intellectu eſt tradita, qa
cùm alteri aliquis ſtipulatur, non valet ſtipu-
latio, niſi interſit ſtipulātis, *vt l. ſtipulatio. §. alte-
ri. §. ſi quis inſulam ſup al.* at conſidera, ꝙ tunc in
tantū eſt obligatus promittens, in quantū in-
tereſt ſtipulatoris, & hoc eſt, quod ꝓbat præ-
dicta l. liber homo. §. fi. ita, ꝙ obligatio eſt ad
intereſſe: non qa ſuccedit loco obligationis
dandi, ſed quia in hoc tantū eſt vtilis & valida,
& ideo Iureconſultus appellauit incerti ſtipu-
lationem: ad dandū enim nō eſt obligatus, ſed
ad intereſſe, quod in dādo verſatur. ¶ Sed iſta
ceſſant iure canonico, quia ad dandū tenebit̃:
nam

nam alteri vtiliter eo iure ſtipulamur, & nobis obligatur promiſſor, vt dixi ſ. & latius *in l. 1. in fine princip.* Vnde infertur ſingulariter, quod illa ſubtilis ſententia Papiniani, quam docet *in d. l. liber homo. §. fi.* non procedit de iure canonico: dicitur enim ibi, quod ſi decem mihi, aut Titio, vtrum ego velim ſtipulatus ſum, ex eo, quod mihi dandum eſt, eſt ſtipulatio iuris & dandi: vnde dicitur certa, & competit certi cõdictio: ex eo, quod illi ſoluendum eſt, eſt incerta: quia ad intereſſe committitur: ita tex. Sed dic, quod vtroque modo eſt dãdi obligatio, & certa, quia de iure canonico alteri licet ſtipulari, & id obſeruabitur prout conuentum eſt: cogita. ¶ Alia eſt limitatio, quam ibi tradũt Moder. Papienſes *in 6. col.* & eſt tertia fallentia, ſcilicet quãdo quis nõ propriè, ſed ex quadam naturali ęquitate tenetur ad dandum, quatenus eſt effectus locupletior, vt in condictione indebiti, *l. nam hoc natura. de condi. inde. ff.* tunc non agitur ad id, quod dedit, ſed ad intereſſe eius, qui accepit, ſcilicet ad id, in quo eſt factus locupletior, *vt in l. in ſumma. §. in frumento. de condict. indeb.* Vnde cùm in conditione indebiti non ſit obligatio præciſa, ſed variabilis: non eſt mirum, quòd obligationi dãdi ſuccedat obligatio ad intereſſe. Hæc dicit dominus Iaſ. *in tertia fallentia.* & vt ſolet, vir iſte pingui Minerua vtitur: nam in condictione indebiti non eſt ſucceſſio obligationis ad intereſſe, quia qui indebitum accepit, tenetur † tantùm ad id, in quo factus eſt 94

Singulare.

Digitized by Google

locupletior, & non ad id, quod accepit, nisi in eodem sit factus locupletior, quia eo tunc ad idem tenetur, cùm idẽ apud se habeat. Ratio est, quia illa obligatio oboritur ex nr̃ali æquitate, qua iustũ est, neminem locupletari cum iactura aliena, *vt in l. nam hoc natura. eo. ti.* vnde si illa res, quæ data est, est perempta, vel cõsumpta, obligatus est ad id, in quo factus est locupletior, & non ad rem. Ita declarat Bar. *in ead. l. in summa. §. in frumento. & tex. est ibi in l. si non sortem. §. libertus. & ibi Bar. 3. col.* Itaque falsum est, succedere obligationẽ ad interesse, cùm nulla sit in illo casu, nisi illa: sed in aliis obligationibus siue dandi, siue facti, solemus dicere rem dandam etiam peremptam esse in obligatione, & factũ esse in obligatione, & tamen concurrere cũ obligatione subrogata. De primo est tex. *l. si seruum. §. fi. cum si.* De secundo, eadem lex stipulationes. & Bart. in 7. q. sed si quisquã diceret fundo indebitè soluto, quippe fundus debetur. Sed si distractus fuerit, debebit pretium: ecce ergo, ꝙ obligatio pretij succedit in locũ obligationis primæ, quę fuit ad fundum. Respondeo, ꝙ hoc nõ est per viã successionis, sed eadem ratione tenetur ad vtrunq;. Nã obligatio est ad id, in quo locupletior factus est, & ideo ad fundũ tenetur, quia in eo est locupletior, quo distracto & recepto pretio eodem modo ad pretium tenetur. Vnde & aliud discrimen notare poteris, ꝙ in aliis obligationibus succedit interesse ipsius creditoris: hîc

hîc autem debetur interesse debitoris, quo si est effectus locupletior. Ex his hæc doctius perpendes: ad propositum ergo, si successit obligatio ad interesse; videbatur quod iure canonico hoc non haberet locum. Sed non successit, vt vides, & est diuersa ratio: nam æquitate naturali ad interesse tenetur, & ideo ex æquitate tenebitur iure canonico. Nec enim idem quod solutum est, nec id, in quo locupletatus est, debetur ex consensu: quia potius intentio contrahentium distrahebat quam contraheret, *vt Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu. §. item is qui.* Ideo cessat iuris canonici ratio, ex qua dicitur quis præcisè compellẽdus. ¶Restat quæstio satis disputabilis etiam in fortioribus terminis, quia plures doctores tenuerunt, quod etiam addito iuramento obligationibus † facti, non cogebatur quis præcisè ad factum, sed succedebat interesse. In hac 95
opi. fuit Innocent. *in cap. per tuas de arbitriis. & ibidem Anton. de Butr. Ioa. de Ana. & Petrus de Ancharano in c. fin. ne prælati vices suas. Imo. in l. 2. §. si quis. ff. de dona. Raphael Fulg. in l. si pecuniam. ff. de condic. ob causam. Ludou. Romanus in l. hæreditatem. ff. de donat.* & demum Moderni Papienses latissimè disputant, *in d. leg. si pecuniam*, & plures dicunt quæstionem esse disputabilem, & ego eam ad vtramq; partẽ disputabam: sed quoniam plura, quæ in hoc puncto adducuntur, non consonant iuri, ideo ego referam, quæ dicuntur, & teneo contra istam partem. ¶ Sed pro ea

primò facit text. *in d. cap. per tuas*, vbi compromissum fuit iuratum, & tamen non cogitur iurans præcisè stari iuramento. ¶ Secundò facit, quia iuramentum nō est introductorium obligationis, *l. si quis pro eo. de fideiuss. ff.* vbi solùm, & specialiter libertus, qui operas patrono præstare iurat, obligatur ex iuramento, & non alius, & ita concludit ibi Bartol. quod etiam naturaliter non obligatur quis ex iuramento; quod ex illa lege probatur, dum non accedit fideiussor. ¶ Tertiò facit, nā iuramentum semper debet interpretari secundum naturam contractus, cui adiicitur, *in leg. fin. Co. de non numer. pec. leg. si. ff. qui satisdare cog. in cap. quemadmodum. de iureiurando. in principio.* Sed natura contractus vel obligationis facti est, vt non sit præcisa, sed quod succedat obligatio ad interesse, *vt in dicta lege stipulationes non diuiduntur, & in leg. insulam. eod. tit.* ergo eodem modo debet interpretari iuramentum. ¶ Quartò facit tex. *in ca. ex parte. el. 2. de cler. non residentibus.* Vbi iuramentum satis adimpletur in æquiualenti: nam si quis iurauerit se non absentare ab ecclesiæ residentia, nihilominus ob patrocinium ecclesiæ præstandum se absentare poterit, & reputatur p̄ præsente. Sic ergo qui æstimationem vel potius interesse soluerit, soluetur à iuramēto, nec ob hoc dicetur periurus.

Iuramentum debet interpretari secūdū naturam Contractus, cui adiicitur.

¶ Quintò in iuramento semper excipitur
96 † legis autoritas: *vt in c. venientes. & in ca. ea te. de iureiuran. l. Imperatores. ad municipales ff.* Si ergo ego

Digitized by Google

ego iuré construere domum, legis autoritas, qua interpretatur ista obligatio, me excusabit. ¶ Sextò facit ratio ipsius Ioann. Andr. & Vincentii, quam confirmat Ioan. de Anan. & Anchar. *in dicto capitul. fin. ne prælat. vices suas.* quod qui promittit facere; duo promittit, scilicet facere, vel soluere interesse, vnum tacitè, aliud expressè: ergo prout promisit, ita tenetur: nec iuramentum vltra promissa, vel vltra intentionem extenditur, *in c. ad nostram. el. 2. de iureiur.* Septimò iuramentum non efficit, vt quis ad plus teneatur, quam ex obligatione principali: quia est quædam accessio confirmatoria, & confirmationes nihil addunt vltra comprehensa in confirmato. Sed si ex iuraměto obligaretur præcisè, teneretur ad plus: probatur, quia plus petere dicitur, si quod alternatiuè debetur, præcisè petatur, *vt in §. tripli. ver. plus. Inst. de ac. in l. vna. C. de plus peti. in cap. 1. eo. tit. ĵ. in §. si quis simpliciter. l. 1. ff. de verb. obl.*

¶ Octauò, aut tu vis, quod de iure canonico sine iuramento non teneatur quis præcisè ad factum: & tunc iuramentum nihil operatur, quia quo ad ius canonicum, inter iuramentum & simplicem loquelam non est differentia, *vulgato c. iuramenti.* Ex quo sequitur necessariò, quod cum simpliciter ad factum non compellitur, simpliciter non consensit: ergo nec iuramento obligatur simpliciter. Aut vis, quod iure canonico præcisè teneatur, vt supra cõclusum est, & tunc iuramentum non

efficit,

Digitized by Google

efficit, quod quis præcisè teneatur: ergo falsum erit, quod iuramentum hoc operetur. ¶ His non obstantibus, credo communem opinionem esse veriorem: imo siue teneatur præcisè ex sola conuentione, siue non tenea-
97 tur, efficere † iuramentum, vt quis præcisè obligetur ad seruandum factum, quod iurauit. ¶ Primò satis, & necessariò concludunt argumenta, quæ adduxi supra in proxima quæstione, vbi conclusi, quod etiã sine iuramento de iure canonico compelletur quis præcisè ad seruandum promissa, prout promisit: quod patet in tex. nostro, prout eum ponderaui, & constat, quia obligatio ad interesse est vltra agentium voluntatem, *vt probatur in l. si quis ab alio. in fine. ff. de re iud. & tenet & declarat Barto. in l. stipulationes. 7. quis. cum Andrea de Pisis. & si id non probent: prout ego probaui.* Ex quo sequitur, quod seruare iuramẽtum iurans compelletur, quia factum iurauit: non interesse. Nec obstat argum. vltimum, ei enim vltimò respondebo. ¶ Item faciunt illa vulgata, quod iuramentum dum non vergat in interitum salutis æternæ, omnino est seruandum, *in c. cum contingat. de iureiu. & in cap. 2. isto tit. lib. 6.* ergo & istud erit seruandum. ¶ Tertiò facit regula c. ad nostram. de iureiurando, el primo. nam iuramentum debet seruari in specifica forma. ¶ Item iuramentum debet obseruari meliori modo, quo potest. *l. cum pater. §. filius matrẽ. de leg. 2.* ¶ Quintò facit tex. *in ca. fin. ne prælati vices suas.* quem ibi nota-

notauit Anton. quod vbi districtè compellitur episcopus, vt ecclesiam quam censuri dederat, restituat, subdit, & in hoc satis vrget, & vsque ad terminum constitutum, secundum quod inter se conuenerunt, ipsum permittat pacificè possidere. Eccè, quod ad conuentionem refertur ipsa necessitas adimplendi eam, & conuentio declarat vim ipso facto, & non interesse, quia verum est, interesse non venire in ipsa conuentione, *vt in dict. l. si quis ab alio.* ¶ Sextò hoc satis clarum videtur, quia in obligationibus facti succedit obligatio ad interesse post moram, *vt in d. l. insulam.* Sed post moram iam est periurus, qui ante moram nõ soluit, quia non seruauit iuramentum: ergo in tali obligatione ad interesse non consideratur iuramentum. ¶ Septimò facit ratio *c. commissum. de sponsal.* vbi cum quis aliquid iurauit, & si in effectu possit se excusare à iuramento, tamen requiritur, quod semel prout iurauit, ita obseruet: itaq; in iuramẽto hoc est, vt semper debeamus eius metas adimplere, nec sufficit eundem esse effectum, nõ seruando prout iuratur, vel seruando. Facit etiam c. cum debitores. de iureiuran. vbi eas vsuras, quæ statim sunt restituendæ, necesse erit soluere, vt adimpleatur quod semel iuratum est, prout iuratur. Igitur omnia ista capitula satisfaciunt ad rationem nostræ conclusionis. ¶ Octauò facit subtilis ratio, si enim verum esset, quod in obligationibus facti succedet obligatio ad inter-

interesse, sequeretur quod idem factum duobus posset promitti: ratio, quia dum promitto factum, duo promitto, vel factum, vel interesse: Ergo vni potero soluere interesse, & alteri factum, quod tamen est falsum: quia secundum iuramentum non obligat, *vt in ca. veniens. de iureiuran. & ibi do. Abb.* ergo antecedens non verum.

¶ Vltimò facit ratio tex. *in l. fideicommissa. §. fin. de leg. 3.* Vbi Vlpianus docebat, quod si hæres sit iussus opus facere, etiam si sit paratus pecuniam numerare, tamen cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur. Pondera, & ita inducas: certum est, quod qui opus facere iussit, vult vt opus fiat, nec vult, vt sufficiat soluere interesse: probatur, quia si ex voluntate testatoris fuisset, vt solueret interesse, non teneretur præcisè: quia ad voluntatem testantis tenetur. Sed tenetur præcisè: ergo voluntas fuit præcisa. Idem & eadem ratione erit in iurante aliquod factum, nam factum soluere iurat, ergo ad id factum tenebitur ex consensu iurantis: cum præcisè consenserit, & ex consensu & voluntate debeat obseruari iuramentum. At si dicas, quod ibi fuit opus legatum rei publicæ, & ob hoc est fauorabile: fateor quod fuit legatum rei publicæ. Negarem tamen fauorem, quia voluntas est facti, *vt in leg. consilio. de cura. fu. leg. si vnus. §. pactus. ff. isto titulo.* Vnde quod consenserit vel non consenserit, ex fauore non debet

recen-

Digitized by Google

recenseri. At si verum esset, eum alternatiuè consentire, iniustum esset præcisè compellere: fauor enim efficere non debet, vt quod alternatiuè promitto, præcisè debeam. ¶ Sed si dicas, quod in vltima voluntate est speciale ob testamenti fauorem. Specialitas consistet in hoc non vt ad interesse succedat obligatio à iure, sed vt obseruetur voluntas simpliciter. Tamen an vtrumque disiunctiuè voluerit, scilicet interesse vel opus fieri, in hoc non potest versari fauor vltimæ voluntatis. Imo esset contra voluntatem, vt si alternatiuè vellet, præcisè compelleretur: ideo dicendum est, quod qui opus fieri vult, factum vult, & non interesse: text. est ibi, nec in hoc habet aliquod priuilegium. & eadem versatur ratio in contractibus, ideo dicendum est, quod cum ex iuramento, vel ex promissione quis compellatur ad fidei obseruantiam: ita debet compelli ad factum. Et nota, quod cum de promissione loquor, intelligo de iure canonico, & ita sentit, & tenet dom. Abb. *in cap. veniens. de iureiuran. infr.* & certè mihi videtur, ꝙ habeat bonã opinionem, vt hîc, & supra vidisti. ¶ Tota vis stat in resolutione argumentorum, & in ea pulchriora videbis: quia cum ista quæstio sit ab omnibus trita & agitata, in argumentis pauca nobis tribui possunt, sed in resolutione plura. ¶ Non obstat primò text. *in cap. per tuas. de arbit.* ad quem tex. respondet dominus Abb. *in d. ca.* *veniens*

veniens. quasi ad finem. quod ibi præcisè & determinatè non se obligauit ad certum quid, sed promissio fuit facta in genere, vt staret laudo: vnde iura statuerũt, vt staret arbitrorum sententię, vel solueret pœnam vel interesse, *vt ibi. & in d. c. dilecti,* ne arbiter possit ad libitũ lædere vt præcisè compellatur: ista enim solutio mihi non placet, quia contra eam tenet idem Abb. *in c. cum tempore. per tex. ibi. infr. de arbit.* vbi indistinctè & præcisè dicit, standum iuramento. Idem dicit Ostien. *in ca. per tuas,* & do. Abb. ibidem assentit. Imo non solùm in iuramento, verum etiam in fide, *vt in c. 2. in fine. & in cap. cum tempore.* vbi stari compromisso partes cõpelluntur. ¶ Ego miror de domino Innocen. & de sequacibus eius, qui per tex. in c. per tuas. faciunt summum fundamentum: & de domino Abbate, & de Moder. quod non inspexerint aliter illum text. ¶ Considera, quod ibi procurator iurauit sine mandato tamen: vnde si dominus recipit vel acceptauit compromissum, compellitur ei stare. Si non acceptauit procurator, soluet pœnam, si pœna fuit apposita: Si verò non sit apposita, tenetur ad interesse. Animaduertendum igitur, quod ille procurator ideo tenetur ad pœnam, quia eam promisit: nec hoc est aliqua obiectio, nam ad pœnam tenetur, quia ita iurat sub cõditione, & idem est in c. dilecti. Sed ad interesse diuersa est ratio, & si Abb. eam non senserit, quia interesse nõ venit ex conuentione,

vt

Digitized by Google

vt idem ipse fatetur : igitur ideo ibi procurator tenetur ad interesse, quia non potest facere quod promisit. Standum enim erat à domino, sed ratum habere noluit, ideo soluendo interesse liberatur procurator : in factis enim alienis non potest cadere pręcisa obligatio, sed in propriis, *vt in c. sicut de spons.* & ob hoc tenetur ad interesse. Hic est clarus & facilis intellectus ad illud c. ¶ Non obstat secundum arg. in quo dicitur, quod iuramentum non est
introductorium† obligationis, *vt in l. si quis pro 9* 8
eo. ad hoc facilis est responsio, scilicet quod id intelligitur in iuramento simplici : secus in confirmatorio, vt declarat Bart. *in leg. si quis pro eo. in prin. & patet in l. si quis maior. Cod. de transact.* vbi si pacto nudo adiicias iuramentum, efficitur efficax. ¶ Vel aliter respondere poteris, quod iuramentum etiam simplex, licèt non sit introductorium obligationis, siue ciuilis, siue naturalis secundum ius ciuile, est tamen introductorium iuris naturalis, secundum ius canonicum. Ita dicit Bart. *in ea. l. si quis pro eo. in 2. col.* per tex. nostrum, & per capitula dicentia, quod iuramentum est omnino obseruandum, quod non vergat in interitum salutis æternæ, *vt in c. si vero, & in c. cum contingat, &c.* Sed quoniam in infrà proxima quæstione probabo etiam de iure ciuili iuramentum esse introductorium obligationis naturalis & ciuilis, nihil obstabit hoc argum. ¶ Non obstat text. *in leg. fin. de non numer. pec.* qui passim vulgo

traditur, quod iuramentum sortitur naturam contractus, cui adiicitur: nam dicunt moderni, quod imo regula est in cōtrarium. Nec obstat text. *in l. fin.* quia ibi ideo ex iuramento non obligatur vltra naturam contractus, quia in obligatione non consensit: qui enim promittit & iurat spe futuræ numerationis, non intendit se obligare, nisi demum soluta pecunia. Ita est ex sensu Bar. *in l. si quis pro eo. in 8. membro. su. all. eiusdem in l. sciendum. de verborum obligat. Bald. in d. l. fin. declarat Alex. in l. stipulationes non diuiduntur. 9. colu.* sed suæ declarationes paucum habēt pensi, cum sit falsum, ꝙ promittens spe futuræ numerationis nolit obligari ante numerationem, nam obligari vult, ꝗa respectus non impedit obligationis ortum, *vt in l. quibus diebus. §. Thermus. de cond. & demon. l. 1. & 2. C. de his quæ sub modo.* Itaq; verum est, consentire, alias nec ciuilis obligatio oriretur, absq; consensu, ꝙ doctores prædicant. Sed ideo ibi, iuramento non obstante, poterit opponere exceptionem, quia non consensit de eam non opponendo, si forsan sine præcedente numeratione aduersarius ageret, quia tunc iam fregit fidem non numerando, & petendo: vnde ei potest opponi exceptio, de qua nō opponenda non est actum, & ideo non obligat iuramētum, scil. ad non opponendā. De his dixi plura, in quibus veritas obuoluta in obscuro latebat, *vi. in fine repet. in leg. si vnus. §. pactus,* scil. ad propositū ergo dico, quod etiam si fateamur

iura-

Digitized by Google

iuramentum sequi naturam contractus. Hoc intelligimus, nisi contra promissa, & consensum ipsius contractus, aliquid ex tali natura eliciatur; quia tunc cõuentionis, & pacti metas iuratas obseruari licet: nec statur naturæ à iure ciuili tributæ, vt videmus in nostro casu. ¶ Vnde est quod etiam si ante morã esset quis obligatus iure ciuili alternatiuè, itaq; ab initio cõtractus, ius ciuile introduceret obligationem ad interesse, dicendum tamen, quod si iuramentum adiiciatur, debebitur factum, prout est promissum, quod planè constat ex superioribus. Vnde non multùm satisfacit solutio ab aliis tradita, quæ resoluit ea ratione, quia istud interesse prouenit ex natura accidentali, quam iuramentum non sequitur, *argum. text. leg. item veniunt. §. quod diximus. de peti. hæred. ff.* sed sequitur naturam primordialem. Imo dicerem, quod si primordialis natura discedit à lege conuentionis, & ipsius consensus iuramentum eam non sequetur, sed ita obseruabitur, prout iuratum est: lex enim iuramenti maior est sibi, quam lex ipsius contractus, proinde sortietur eius naturam, dum legi suæ non pugnabit. ¶ Non obstat text. *in capitul. ex parte. de cleric. non residen.* vbi iuramentum in æquiualenti satis adimpletur, & ille text. cum similibus à quodam doctore ordinariè legente fuit mihi publicè Romæ disputanti adductus. & ita respondebam: quod cum ego iuro aliquid tibi facere,

tunc iuramentum obligat me principaliter tibi, id est, ad tuum commodum, vnde tu ipse me absoluere poteris. *vt late patet in c. 1. de iureiur.* j. Finge ergo, quod voluntate tua tibi soluo interesse, quippe solutus ero à iuramento, cum voluntati tuæ sit satisfactum. *vt in l. solutum. §. solutam. ff. de pig. act.* vnde fatendum est, quod interesse potest solui volēte creditore: secus tamen eo inuito, quia ad factum eius voluntate sum obstrictus. Ad propositum ergo, si ego iuraui ecclesiæ residere cōtinuè, certè negari non potest, iuramentum ecclesiæ factum, vnde si absentia mea est vtilior ecclesiæ, non obstante iuramento, potero me absentare, quia ecclesiæ esse satisfactum, clarè constat. Et ista est vera cognitio illius text. ¶ Non obstat quin-
99 tum argumētum, † quod semper intelligitur excepta autoritas superioris, & maxime legis. sed leg. præcipitur iuramentum seruari, *vt in cap. licet mulieres. de iureiurand. lib. 6. in capitul. si verò. eodem titul.* infra ergo secundum legis autoritatem & necessitatem, iuramentum istud debet seruari, prout iuratur: quia aliàs soluendo interesse recusante parte, non seruatur iuramentum, *vt in d. l. si quis ab alio, & in dicta lege fideicommissa. §. fin.* vnde reflectitur argumentum. Vnde dic, quod non obstat auctoritas legis ciuilis, quia illa non loquitur in promissione iurata. ¶ Non obstat sextum argum. quia in eo decipiuntur Vincent. Ioan. And. & Ioa. de Ana. & cæteri, nec bene respondent moderni

derni Ticinenſes *in d. l. ſi pecuniam.* & alii, quod iuramentum nō ſapit naturam accidentalem. Quid enim ad rombum, quia ſi verum eſt, ꝙ qui factum promittit, promittit duo. ſ. vel factum, vel intereſſe, etiam ſi intereſſe veniat accidentaliter, cum tamen veniat ex conſenſu, rectè ſoluitur ſecundum iuramentum: & ſic ſapiet naturam accidētalem, quod tamen eſt falſum. Ideo reſponde, quod falſum eſt, quod duo promittat, quia intereſſe non venit ex tacita conuentione, ſed ex legis diſpoſitione, *vt in dicta leg. ſi quis ab alio. & in dicta lege fideicommiſſa. §. fin.* & Bartol. fatetur *in leg. ſtipulationes. ſeptima quæſtion.* & ſi aliter intelligat *in leg. certi conditio in princ. in 3. colum. ſi certum petat.*

¶ Non obſtat ſeptimum arg. quod ſi ſimpliciter tenetur ex iuramento, teneatur ad plus. Nam retorquebis, quod qui factum promittit, promittit vnum ſimpliciter, ſed cum ex legis diſpoſitione poſtea teneatur alternatiue, tenetur ad minus quam promiſit, quia ſi eſt plus præcisè debere, eſt minus alternatiuè debere. Vnde ex iuramento non debet minus, nec plus, ſed idem, quod conuentum eſt.

¶ Non obſtat octauum argum. & ſi diſtinctio illius argumenti ſit ſubtilis: & fateor, quod de iure canonico etiam ſine iuramento præcisè teneatur: ſed diffiteor, quod iuramentum nō efficiat, vt etiam teneatur præcisè. Nam ex ſimplici promiſſione tenetur præcisè, & iſta promiſſio confirmatur iuramento, & ex illa

confirmatione resultat alia obligatio, quoad Deum, quia Deo promitto id facere, *vt constat ex c. debitores. de iureiur.* Idcirco ex ista obligatione teneor facere quod promisi, vnde tam ex promissione simplici, quam etiam ex iuramento causatur obligatio, & vtraque præcisa. Sed contra, quia si semel est obligatus præcisè, rursus obligari non potest, *per leg. qui bis idem. de verborum obligat. ff.* & semel, cum in quadam repetitione, quam Bononiæ gessi, duplicem obligationem in contractibus iuratis ostenderem, quidam vir, quippe nostræ ætatis clarissimus formauit istam oppositionem, cui ego ita respondebam, quod bis idem non potest efficaciter promitti, scili. eidem: sed idem diuersis, & diuerso modo, bene potest promitti, & promissio est efficax. Exempli gratia: ego tibi promisi dare 100. & iuro istã promissionẽ: vna promissio est tibi facta: altera Deo, & diuerso modo. Vna. s. per ꝓmissionem simplicem, alia ex iuramento: vnde bene potest cadere obligatio in vtraq; promissione: prout dicimus, quod emptione præcedente, potest idem promitti stipulatione: quia diuerso modo promittitur, *l. stipulationum. §. conuentionales. ff. de verb. oblig. & in l. pro socio. arbiter. ff. pro socio. & declarat Bar. in d. l. qui bis idem.*

¶Superest ex superioribus dubitatio, an iuramentum de iure ciuili & canonico sit introductorium obligationis? fuit antiqua vltramontanorum opinio, quod de iure ciuili obliga-

ligationē introduceret: sed omnes citramontani damnant hanc sententiam: imo, ꝙ de iure ciuili non introducat obligationē. An verò de iure canonico ex iuramento oriatur actio, Bar. fuit in opinione, quod oriretur: sed communis opinio post ipsum est, quod nec de iure canonico oriatur. Sed quia in his, & à cōmunib. & singularibus opinionibus in pluribus dissidemus, ideo membratim procedo. ¶ Primò igitur videbimus, an de iure ciuili † oriatur, & ad omnium Italorum sententiam ista vrgēt. Iuramentum enim est quædam asseueratio, addens vinculum religionis simplici assertioni, proinde iuramentum non includit consensum, per quem iurans se velit obligari, sed eius essentia consistit in hoc, vt addatur vinculū religionis. Hæc igitur est causa, quare ex iuramento † de faciendo vel dādo aliquod, non oriatur obligatio. ¶ Secundò facit, quod docet Iureconsultus *in l. si quis pro eo. ff. de fideiuss.* vbi omnes alii non possunt obligari iuramento, sed solus libertus, dum operas iurat: Idem dicitur *leg. vt iusiurandi de oper. lib. ff. & in l. fin. de libe. cau. ff.* His tamen nō obstantibus, credi potest in opinione vltramontanorum (& si ea hodie sit reiecta) ius versari. Argumentum eorum fuit, quando aliquid tendit principaliter & directò ad aliquem finem, potius debet operari illum effectum, quam actum, qui principaliter non tendit ad hoc: sed clarum est, ꝙ ex iuramento decisorio litis oritur ob-

Communis opinio.

100

101

ligatio & actio: & si tale iuramentum nō tendat ad producendam actionem, sed ad decidendam litem: Ergo à fortiori, iuramentum de promissorium, quod tendit ad producendam obligationem & actionem. Sed huic argu. respondent doctores, quod iuramentum litis decisorium habet vim confessionis iudicialis, *l. qui iurasse. §. fin. ff. de iureiuran.* sed ex confessione iudiciali oritur obligatio & actio, *vt in l. certum. in fine. ff. de confe* item habet vim sententiæ, *vt in l. sed & si possessori. §. fin. & l. 2. ff. de iureiuran. in c. & si Christus. de iureiuran.* Sed ex sententia oritur obligatio & actio, ergo ex iuramento. Item iuramentum decisorium habet vim quasi contractus, quia in eo interuenit consensus vtriusq;: sed in iuramento promissorio est consensus vnius, ideo non producit actionem. Hæc sunt verba satis latè relata à Ludou. Rom. *in l. iusiurandum quod ex conuentione. de iureiurand.* Vbi omnes doctores, & maxime dom. Ias. idem refert & idem Ludo. *in rub. de verbor. oblig.* ¶ Tantorum virorum profecto mira est solutio, quæ nihil soluit. Quid enim est dicere, quod habeat vim sententiæ, & quod habeat vim confessionis: ad propositum argumenti, quod à vi fortiori essentię iuramenti concludit actionem & obligationem oriri: nam si habet vim sententiæ, ea ratione est, quia ad litem decidendam interponitur: Si habet vim confessionis, ideo est, quia pars defert, & fatetur iuramentum meum: sed argu-

Communis opinio.

Digitized by Google

argumentum concludit ab intentione & fine, quia iſta iuramēta non tendunt, nec fiunt ad obligandum, ſed ad decidendum, & tamen pariunt obligationem: quāto magis ergo debet parere iuramentum promiſſorium. Vides idcirco, quòd argumentum non eſt ſolutum: eo maximè, quòd iuramentum litis deciſorium ideo habet vim ſententiæ, quia eſt efficax: nam ſi inefficax eſſet, nō haberet vim ſententiæ. Ergo non ea ratione producit obligationem: quia habet vim ſententiæ, ſed quia eam producit, habet vim ſententiæ: eſt enim obligationis productiuū ad litis deciſionem, prout etiam iuramentum promiſſorium erit obligationis productorium, ad promiſſionem adimplendam.

¶ Item & in alio videntur peccare, inquantum dicunt, quòd iuramentū litis deciſorium habet † vim quaſi contractus, quia in eo in- 102
teruenit conſenſus vtriuſq; partis: ſed in promiſſorio non niſi vnius. Profectò hæc non intelligo, quia videntur ſibi pugnantia: dicunt enim eſſe quaſi contractum, vel habere vim quaſi contractus, & poſtea dicunt, quòd eſt duorum conſenſus. Nam ſi eſt duorum conſenſus, eſt verus cōtractus, quia vbi duo conſentiunt, ibi eſt pactum, vt patet in definitione pacti, *in l.1.poſt prin.ff.eo.* & eſt tex. *l.fin.in prin. ff.de iureiur. ibi.* hac pactione tollitur naturalis. & vbi eſt pactum, ibi eſt contractus, vt probatur *in l.iuriſgentium.in prin.* & eſt glo. paſſim ap-

 probata

probata *in l. 1. in glo. magna. in fine. de oblig. & actio.* si ergo est contractus, non est quasi contractus: nec est necesse dicere, habere vim quasi contractus: quia quasi contractum dicimus, dum contractus esse non potest, *in prin. de obligat. quæ ex quasi contractu instituta.* Castiga ergo aliquantulum modernos Papienses *in dict. l. vt iusiurandi. in princ. in vlt. colum.* ¶ Fateor itaque ex supradictis, quòd in iuramento vel potius in delatione consistit contractus, & idem est in iuramento promissorio. Vnde melius argumentarentur etiam nostri Vltramontani à simili, quàm à fortiori. At quod sit contractus, & non vnius tantùm promissio, ego ostẽdam in sequenti argum. ¶ Secundò probatur ista conclusio, quia si ego iuro cõstruere tibi domum, non possumus negare cõsensum iurantis, quod doctores fatentur. Item non possumus negare Deum assistere isti promissioni, quia non est turpis: ergo seruandum erit iuramentum, vt in omnibus capitulis, de ista materia loquentibus. Nec obstat, si dicas, ꝙ non est pactum, quod ego fateor, vt sup. ostendi in voto: habet tamen vim pacti, quia verum est, Deum non reijcere iuramentum, & sibi esse promissum, quam promissionẽ doctores fatentur. Sicut ergo ex pacto quis obligari potest assensu interueniẽte duorum, ita Deo assistente, cui iuratur, potest quis efficaciter obligari. imo, si vt doctores intelligimus, erit pactum, quia præsenti fit, cùm fiat Deo, qui vbique est,

que est, *vt in c.1. de eo qui mit. in poss. caus. re. ser. li. 6.* & dum præsenti promittitur, est pactũ duorum, *vt latè Alex. in l. 1. ff. de pactis. & Bart. l. 1. C. eod.* ¶ Item considera, q si ego iuro tibi cõstruere domum, aut intelligimus, q tu consentis, qui præsens es, & isto modo erit pactum inter te & me religione confirmatum, & erit dicendũ ex tali pacto produci actionẽ, *vt in l. si quis maior. C. de transa.* & dicam infrà in illatione quam faciam. Aut intelligimus, quòd inter te & me non sit pactum, quia non tibi, sed Deo promitto tibi dare: & tunc eadem versatur ratio, & maior: nam si talis religio facit efficacem contractum aliàs inutilem & diuersum, *vt in eadem l. si quis maior. & in l. ne in arbitris. Cod. de arbitris. in authent. sacramenta puberum. Cod. si aduersus vend.* quanto magis debet facere efficacem eiusdem religionis vinculum, quo Deum testor, me id facturum: itaque maior versatur ratio in obseruanda eadem promissione, quæ ad Deũ resultat, quàm vt promissio, inter humanos facta, ex iuramẽto fiat efficax. ¶ Quartò ex mente c. debitores, de iureiurando. ista conclusio videtur cõstare. Nam ibidem, dum rectè intelligis, siue promissio vsurarum præcesserit, siue simpliciter sit iuratum de soluendis vsuris (quod satis placet literarum sententiæ) idem est in vtroque casu: quia etiam si promissio præcesserit, nulla est, quia ex parte vsurarij est turpis: vnde quo ad partem, nulla oboritur obligatio. Sed ideo ibi

ibi compellitur ſoluere vſuras, quia eas ſoluere iurauit, & ob hoc ipſum eſt Deo obligatus. Ita ſonant verba formalia illius decreti (*ſi verò de vſurarum ſolutione iurauerit, cogendi ſunt Deo reddere iuramentum.*) hîc ergo non rectè dicetur iuramentum eſſe cõfirmatorium alterius obligationis, cùm altera ſit nihil. Stat ergo per ſe: tamen dicimus obligationem natam, vnde non poſſumus negare iuramentum introducere ipſam obligationem. Facit authen. ſacramenta puberum. C. ſi aduerſus vendi. de quibus in illationibus latius loquar.

¶ Quintò ad iſtam partem vrget ratio text. *in c. 1. de iureiurando.* vbi videmus iuraſſe ſoluere tot vſuras. item in c. 2. quòd iurauit amplius non petere rem, à qua iurans fuerat ſpoliatus. Item in c. ego enim. ſine promiſſione pręcedente ponitur forma iuramẽti. Item de iure ciuili habemus formam iuramenti fidelitatis in verſibus feudorum li. 2. ti. qualiter iurare debeat vaſallus domino, vbi dicitur, quòd iurare ſic debet. Iuro ad hæc ſancta Dei Euangelia, quòd admodum in anima ero fidelis huic, ſicut debet eſſe vaſallus domino: Ita dicit legiſlator. Eodem modo ſequitur in titulo de noua forma fide. In his tamen omnibus caſibus vides, quòd iuramentum ob id interponitur, vt ex eo quis efficaciter obligetur. At ſi dixeris, quòd id ſit ſpeciale in vaſallo, prout vulgus errore (vt credo) tenet. Reſpondeo id negando, quia verum eſt, quòd fidelitas ratione

Iuramenti fidelitatis forma.

ed by Google

tione ſpeciali, id eſt feudi ratione, debetur ipſi domino à vaſallo: ſed falſum eſt, quòd in illo caſu iuramentum ſpecialiter ſtringat. Imo cùm iuramẽtum habeat maius quodammodo vinculum, quàm ipſa promiſſio, ideo traditur forma per iuramentũ, ne facilè rumpatur quod ipſi Deo promittitur. Igitur ſpecialitas caſus ſtat in forma fidelitatis, non in eo, quòd iuramentum ſpecialiter ſit obſeruandum: quod ſatis comprobatur *ex eodem c. ego enim. cum ſimilibus ſup. al.* vbi ex iuramẽto coguntur partes ad id obſeruandum quod iurauerint. ¶ Nec obſtat, ſi dicatur id eſſe ſecundum ius canonicum: ſecus de iure ciuili *per eandem l. ſi quis pro eo. cum ſimilibus.* Nam hanc differentiam non teneo, quia non inuenio differentiæ rationem, nec text. *in d. l ſi quis pro eo.* eam aſſentit, vt inferius eius verũ ſenſum videbis: non enim eſt ibi caſus ſpecialis, vt docentes credũt, nec in d. c. 1. qualiter iurare debeat. in verſic. feudorum. ¶ Sextò facit, nam obligatio eſt iuris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur. Sed ſi ego iuro tibi ſoluere centum, hic eſt vinculum iuris, *vt in c. quinto. de iureiur. in c. 2. eodem titu.* vbi expreſsè appellatur vinculum iuramenti, ergo non poteſt negari, obligationẽ eſſe ortam. ¶ Septimò facit idem text. *in c. quinto.* vbi iuramentum fuit non litis deciſorium nec confirmatorium, ſed promiſſorium: iurauerat enim rex Aragonum conſeruare monetam ſui patris, quod iuramentum,

Digitized by Google

tum, dum licitum est, dicitur ibidem vsquequaque seruandum. Ergo & oritur obligatio & actio: per notata *in authen. sacramenta. sup. all.* vbi cum lege præcipitur seruandum iuramentum, oritur actio & obligatio: & ita ponderat Bartol. *maximè in dicta l. si quis pro eo. in 2. colum.* Octauò facit text. *in c. 2. de iureiurand. lib. 6. & in c. clericus. eodem tit. infra.* vbi si quis iurat seruare statuta ecclesię, ea obseruare tenetur, & tenetur vinculo iuramenti, & tamen est iuramentum promissorium. Ex his idcirco apparet satis æqua opinio nostra, & forsan satis fundata. ¶ Nec obstant argumenta in oppositum adducta. Primò cùm dicitur, quòd iuramentum est quædam asseueratio, addens vinculum religionis, fateor: sed nego, quòd ista asseueratio non habeat promissionem, quæ in Deum tendit. quod satis fatentur doctores, cùm id appellent iuramētum promissorium: est ergo promissio, & hāc promissionem certum est Deo fieri. Ex quo probatur, iuramentum habere in se materiam habilem ad producendam obligationem, si à lege id ratū habeatur: prout dicimus pactum habere materiam ad producendam obligationem: quia si lege confirmetur, parit actionem, *vt in l. legitima. ff. eodem titu.* ergo ad pariendam est sufficiens materia, si causa efficiens, id est lex introduceret obligationem, quod fit legis confirmatione, *vt in dicta l. legitima.* At quod lex confirmet iuramentum, satis videtur cōgruens, quia

quia promissio Deo facta, strictius vinculum debet habere, quàm si homini promittatur. Quod ex eodem argumento probatur, dum dicit, quòd est asseueratio addens vinculum religionis. Est ergo promissio, vt suprà dixi, & qualificata additione vinculi religionis, & ob hoc tanquam omnino obseruandum, à lege ciuili & canonico introducitur, vt in forma fidelitatis, & in contractibus etiam inualidis id præcipitur obseruari, *vt in dicta authen. sacramenta. & in cap. debitores. sup. alleg. & in cap. in præsentia. de probat.*

¶ Dicit tamen aliquis, quòd iuramentum † non habeat vim pacti, quia pactum est duorum consensus, & iuramentum non obligat parti, sed Deo: ideo iuramentum non producet actionem Ita dicebat Ioan. de Imo. *in repet. c. cum contingat. in 27. colum.* Sed quippe non est rectè dictum: nam ex eo cõcluditur, quòd habeat maiorem vim, quàm pactum: quia iuramentum exigit partis præsentiam, *vt in l. certum. §. si quis absente. ff. de confes.* ergo pars illam obligationem acceptat *per l. qui patiatur. ff. locati.* Ecce ergo, quòd habet in se pactum, cùm parte acceptãte promissio est facta, & religione confirmata, vnde debet obseruari magis quàm pactum. Nec neges conuentionis vim habere, quia si absente parte fiat, non valet, *vt in dicta l. certum.* vbi libertus qui operas iurat, nisi patronus sit præsens, non obligatur, & ob hoc ponderat legislator in iuramento fideli- 103

¶ Considera igitur, ꝙ rationes superiores concludunt, iuramentum in se habere materiam producendæ obligationis, si lex eam cõprobaret. At etiam subesse rationem, quare comprobare deberet, & quòd introducat obligationem, casus est ibi. At si dicas, ꝙ specialis est in liberto: ego quærerem, vbi erit in iure regula in contrarium? nec potest assignari specialitatis ratio, vt inferius videbis: & text. ille satis ostenditur nõ speciali iure procedere, cùm nullã singularitatis rationem sentiat, nec declaret. Sed si dicas, quòd ibi constat, ꝙ si ipse, qui non est libertus, iurat operas, non obligatur: fateor, & huius exceptionis rationem satis claram statim videbis. Itaque casus est ibi singularis in eo, in quo doctores tradũt regulam inesse. Item si, vt ipsi intelligunt, intelligimus, videtur, ꝙ nec libertus efficaciter operas iuret: ratio, quia secundum ipsos in iuramento non subest forma cõsensus. Sed nulla est obligatio promissoria, quæ non capiat substantiam à consensu, *vt l. obligationum substantiam. de obliga. & actio. in l. non omnis ff. si cert. petat.* non ergo credendum est, quòd si deficeret, quod doctores credunt in aliquo casu, posset iuramentum obligare: præsertim, quòd iuramentum regitur semper ab ipsa mente iurantis, *vt in c. veniens, de iureiur. & in l. fin. C. de non nume. pecu.* ¶ Sed si diceres, quòd cùm in isto casu ius ciuile obliget ex iuramento, qui iurat, censetur velle obligari. Ad respõsionem no- Singulare.

to, quòd non ea ratione obligatur qui iurat, qa scit ius ciuile introducere obligationẽ. Sed ideo est introducta obligatio, quia iustum est, vt qui iurat, iuramentum obseruet: ista igitur iustitia est naturalis, & per se nota: qui enim aliquid iurat, ideo iurat, quia habet intentionem obseruandi. Et ista est intentio, quæ requiritur in obligationibus: non autem illa, scilicet vt sciant iure ciuili obligari, quia illa est accidentalis, *vt in l. an inutilis, de accep. ff.* & ob hoc sequeretur, quòd mulier iuris ignara, aut rusticus nunquam ciuiliter obligaretur. At hoc experti cognoscimus, quòd si seruus iurat operas patrono, has subtilitates obligationum, quas adhuc doctores ignoramus, ipse non cognoscit: illa est ergo intentio, quæ in obligationibus requiritur, scilicet vt quasi id impleturi contrahant, quæ intentio constat ex ipsa promissione, vel iureiurando: cùm non credatur mentitos fuisse, *vt in l. Labeo. de supe. le. ff.* Ex quo inferas intellectum ad quandam legem regiam, Elisabethæ Reginæ Hispaniarum, qua cauetur, quòd ex qualibet conuentione etiam extra stipulationem, dum contrahens se velit obligari, tenebitur Hispano iure. Voluntas ergo ista referenda est ad obseruationem conuentionis, non ad cognitionem ipsius obligationis. De hoc latius loquar in l. si vnus. §. pactus ne peteret, post medium repetitionis. ¶ Præterea, quòd ex iuramento regulariter quis obligetur, videtur

detur

itized by Google

detur probari ex eodem casu in leg. si quis pro eo. Nam in leg. vt iusiurandi. de oper. libertorum. dicitur (*Vt iusiurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet, & libertatis causa iuret*) ergo videtur iuramento contrahi obligationem, cùm dicat, quòd iurisiurandi obligatio contrahitur, quare autem libertum esse oporteat, statim videbis: & attende, rogo, nostram in illis iuribus considerationem.

¶Primò igitur † ego video, quòd ille titu- 104
lus loquitur de operis libertorum, quæ quidem operæ libertatis causa libertis sunt impositæ: ita dicebat Vlpianus *in lege secunda, eodem titul.* in his verbis: *Hoc edictum prætor proponit cohortandæ persecutionis libertatis causa impositorum.* Animaduertit enim libertinas personas operis esse oneratas ab his, qui liberantur. Et in initio, pro operis in libertos & libertas, pollicetur se daturum iudicium. Hæc sunt verba Iurisconsulti. Si igitur à prætore libertatis causa, & in libertum datur operarum actio: certum est, quòd etiam si operas iuret qui libertus non est, non habebit actionem, quia tam materia, ex qua promittuntur illæ operæ libertorum, scilicet ipsa libertas, quàm causa, ex qua à prætore pollicita est actio, deficit. Vnde nec iureiurando astringuntur qui liberti non sunt, sed ad illas operas, quæ libertatis causa promittuntur, & hoc est, quod dicit tex. *in l. vt iusiurandi.* quod libertum esse oportet, vt iuramentū obliget, & quod libertatis causa iuret.

¶ Item ad istum intellectum satis congruit eiusdem Vlpiani sententia *in l. operæ. eodem titulo.* vbi dicebat, quod cuique alij deberi non possunt, nisi patrono: cùm proprietas eorum, & in edentis persona, & in eius cui eduntur, cõsistit. Itaque hæ operæ tales sunt, vt nullũ obligent nisi libertum: si ergo iureiurando promittuntur, non ob hoc debebuntur. Item, ꝙ in priuilegium non sit introductum, vt iureiurando debeantur operę ab ipso liberto, ego tibi ostendo. Finge, ꝙ qui libertus non est, operas stipulatione promittat, vel ꝙ promittat ei, qui non est patronus: profectò ex stipulatione non obligatur *in d. l. operæ. & l. seruus. eod. tit.* ergo ex eo quòd dicatur, quòd qui non est libertus, ex iuramento non obligatur, non sequitur, iuramentum nõ esse introductorium obligationis, cùm etiam stipulatio sit obligationis introductiua, & tamen in isto casu non introducat. ideo prout stipulatio non introducit, ita nec iuramentum, *vt in l. non dubium. C. de legibus.* ¶ Facit optimè text. *in l. penultim. ff. de obsequijs ali. & lib. pa.* cuius ista sunt in proposito singularia verba, nullum ius libertatis causa impositorum habet pater in emancipato filio, quia nihil imponi liberis solet, nec quisque dixerit iureiurando obligari filium manumissori patri, vt libertum patrono: nam pietatem liberi parentibus, non operas debent. ¶ Operæ igitur etiam promissæ vel iuratæ propter libertatem tantum debentur: adeo

Singulare.

Parentib. debetur pietas, non operæ.

adeo quòd si solutæ sint ei, qui dedit libertatem necessitate, & non mera liberalitate, repeti possunt, *vt in l.qui nummis. & in l. mater tua. Cod.de oper.liber.* Non est ergo mirum, si iuramento non efficaciter promittantur his, qui patroni non sunt, vt dicit text. *in dicta l.penultima.* cùm sit, quòd quando materia non est habilis ad obligationem, nec iuramentum introducit eam: ita docet latè Bartol. *in dicta l.si quis pro eo.in 9.declaratione.* Sic ergo in operis libertorum. Nam cùm libertum promittentem, & patronum, cui promittantur, exigant, quia libertatis causa sunt introductæ, dicendum est, quòd alter non obligabitur, nec alteri iuramento causabitur obligatio. Et hæc maximè videntur vera, si de operis officialibus intelligatur, super quibus solet apponi iuramentum: quia hæ semper sequuntur beneficij libertatis auctorem: adeò, quòd nec ad hæredes extraneos transeunt, *vt in l.fabriles.& in l.operæ.ff.de ope.liberto.& l.liberti. C. eodem titul.* Hæ sunt igitur causæ, quare non obligatur iuramento operarum, qui libertus non est, non quoniam iuramentum obligari nō possit. Habes ergo ex his verum (vt credo) intellectum ad l.si quis pro eo, & ad l.vt iusiurandi, & ad d. l.fin.de libera.causa: & non ignoro has, & similes nostras interpretationes obtrectationis subire periculum: sed cùm innocenter & piè doceamus, eiusmodi quicquid sit, hilari sustinebimus animo: nam & si nos verita-

quia promiſſio Deo facta, ſtrictius vinculum debet habere, quàm ſi homini promittatur. Quod ex eodem argumento probatur, dum dicit, quòd eſt aſſeueratio addens vinculum religionis. Eſt ergo promiſſio, vt ſuprà dixi, & qualificata additione vinculi religionis, & ob hoc tanquam omnino obſeruandum, à lege ciuili & canonico introducitur, vt in forma fidelitatis, & in contractibus etiam inualidis id præcipitur obſeruari, *vt in dicta authen. ſacramenta. & in cap. debitores. ſup. alleg. & in cap. in præſentia. de probat.*

¶ Dicit tamen aliquis, quòd iuramentum † non habeat vim pacti, quia pactum eſt duorum conſenſus, & iuramentum non obligat parti, ſed Deo: ideo iuramentum non producet actionem Ita dicebat Ioan. de Imo. *in repet. c. cum contingat. in 27. colum.* Sed quippe non eſt rectè dictum: nam ex eo cõcluditur, quòd habeat maiorem vim, quàm pactum: quia iuramentum exigit partis præſentiam, *vt in l. certum. §. ſi quis abſente. ff. de confeſ.* ergo pars illam obligationem acceptat *per l. qui patiatur. ff. locati.* Ecce ergo, quòd habet in ſe pactum, cùm parte acceptãte promiſſio eſt facta, & religione confirmata, vnde debet obſeruari magis quàm pactum. Nec neges conuentionis vim habere, quia ſi abſente parte fiat, non valet, *vt in dicta l. certum.* vbi libertus qui operas iurat, niſi patronus ſit præſens, non obligatur, & ob hoc ponderat legiſlator in iuramento fideli-

¶ Considera igitur, ꝙ rationes superiores concludunt, iuramentum in se habere materiam producendæ obligationis, si lex eam cōprobaret. At etiam subesse rationem, quare comprobare deberet, & quòd introducat obligationem, casus est ibi. At si dicas, ꝙ specialis est in liberto: ego quærerem, vbi erit in iure regula in contrarium? nec potest assignari specialitatis ratio, vt inferius videbis: & text. ille satis ostenditur nō speciali iure procedere, cùm nullā singularitatis rationem sentiat, nec declaret. Sed si dicas, quòd ibi constat, ꝙ si ipse, qui non est libertus, iurat operas, non obligatur: fateor, & huius exceptionis rationem satis claram statim videbis. Itaque casus est ibi singularis in eo, in quo doctores tradūt regulam inesse. Item si, vt ipsi intelligunt, intelligimus, videtur, ꝙ nec libertus efficaciter operas iuret: ratio, quia secundum ipsos in iuramento non subest forma cōsensus. Sed nulla est obligatio promissoria, quæ non capiat substantiam à consensu, *vt l. obligationum substantiam. de obliga. & actio. in l. non omnis ff. si cert. petat.* non ergo credendum est, quòd si deficeret, quod doctores credunt in aliquo casu, posset iuramentum obligare: præsertim, quòd iuramentum regitur semper ab ipsa mente iurantis, *vt in c. veniens, de iureiur. & in l. fin. C. de non nume. pecu.* ¶ Sed si diceres, quòd cùm in isto casu ius ciuile obliget ex iuramento, qui iurat, censetur velle obligari. Ad respōsionem no- Singularē.

to, quòd non ea ratione obligatur qui iurat, qa scit ius ciuile introducere obligationē. Sed ideo est introducta obligatio, quia iustum est, vt qui iurat, iuramentum obseruet: ista igitur iustitia est naturalis, & per se nota: qui enim aliquid iurat, ideo iurat, quia habet intentionem obseruandi. Et ista est intentio, quæ requiritur in obligationibus: non autem illa, scilicet vt sciant iure ciuili obligari, quia illa est accidentalis, *vt in l. an inutilis, de accep. ff.* & ob hoc sequeretur, quòd mulier iuris ignara, aut rusticus nunquam ciuiliter obligaretur. At hoc experti cognoscimus, quòd si seruus iurat operas patrono, has subtilitates obligationum, quas adhuc doctores ignoramus, ipse non cognoscit: illa est ergo intentio, quæ in obligationibus requiritur, scilicet vt quasi id impleturi contrahant, quæ intentio constat ex ipsa promissione, vel iureiurando: cùm non credatur mentitos fuisse, *vt in l. Labeo. de supe. le. ff.* Ex quo inferas intellectum ad quandam legem regiam, Elisabethæ Reginæ Hispaniarum, qua cauetur, quòd ex qualibet conuentione etiam extra stipulationem, dum contrahens se velit obligari, tenebitur Hispano iure. Voluntas ergo ista referenda est ad obseruationem conuentionis, non ad cognitionem ipsius obligationis. De hoc latius loquar in l. si vnus. §. pactus ne peteret, post medium repetitionis. ¶ Præterea, quòd ex iuramento regulariter quis obligetur, videtur

detur probari ex eodem casu in leg. si quis pro eo. Nam in leg. vt iusiurandi. de oper. libertorum. dicitur (*Vt iusiurandi obligatio contrahatur , libertum esse oportet, & libertatis causa iuret*) ergo videtur iuramento contrahi obligationem, cùm dicat, quòd iurisiurandi obligatio contrahitur , quare autem libertum esse oporteat, statim videbis: & attende, rogo, nostram in illis iuribus considerationem.

¶ Primò igitur † ego video, quòd ille titulus loquitur de operis libertorum, quæ quidem operæ libertatis causa libertis sunt impositæ: ita dicebat Vlpianus *in lege secunda, eodem titul.* in his verbis: *Hoc edictum prætor proponit cohortandæ persecutionis libertatis causa impositorum.* Animaduertit enim libertinas personas operis esse oneratas ab his, qui liberantur. Et in initio, pro operis in libertos & libertas, pollicetur se daturum iudicium. Hæc sunt verba Iurisconsulti. Si igitur à prætore libertatis causa, & in libertum datur operarum actio: certum est, quòd etiam si operas iuret qui libertus non est, non habebit actionem, quia tam materia, ex qua promittuntur illæ operæ libertorum, scilicet ipsa libertas, quàm causa, ex qua à prætore pollicita est actio, deficit. Vnde nec iureiurando astringuntur qui liberti non sunt, sed ad illas operas, quæ libertatis causa promittuntur, & hoc est, quod dicit tex. *in l. vt iusiurandi.* quod libertum esse oportet, vt iuramentũ obliget, & quod libertatis causa iuret. 104

¶ Item ad istum intellectum satis congruit eiusdem Vlpiani sententia *in l. operæ. eodem titulo.* vbi dicebat, quod cuique alij deberi non possunt, nisi patrono: cùm proprietas eorum, & in edentis persona, & in eius cui eduntur, cōsistit. Itaque hæ operæ tales sunt, vt nullū obligent nisi libertum: si ergo iureiurando promittuntur, non ob hoc debebuntur. Item, ꝙ in priuilegium non sit introductum, vt iureiurando debeantur operę ab ipso liberto, ego tibi ostendo. Finge, ꝙ qui libertus non est, operas stipulatione promittat, vel ꝙ promittat ei, qui non est patronus: profectò ex stipulatione non obligatur *in d. l. operæ. & l. seruus. eod. tit.* ergo ex eo quòd dicatur, quòd qui non est libertus, ex iuramento non obligatur, non sequitur, iuramentum nō esse introductorium obligationis, cùm etiam stipulatio sit obligationis introductiua, & tamen in isto casu non introducat. ideo prout stipulatio non introducit, ita nec iuramentum, *vt in l. non dubium. C. de legibus.* ¶ Facit optimè text. *in l. penultim. ff. de obsequijs ali. & lib. pa.* cuius ista sunt in proposito singularia verba, nullum ius libertatis causa impositorum habet pater in emancipato filio, quia nihil imponi liberis solet, nec quisque dixerit iureiurando obligari filium manumissori patri, vt libertum patrono: nam pietatem liberi parentibus, non operas debent. ¶ Operæ igitur etiam promissæ vel iuratæ propter libertatem tantum debentur: adeo

Singulare.

Parentib. debetur pietas, non operæ.

adeo quòd si solutæ sint ei, qui dedit libertatem necessitate, & non mera liberalitate, repeti possunt, *vt in l.qui nummis. & in l. mater tua. Cod.de oper.liber.* Non est ergo mirum, si iuramento non efficaciter promittantur his, qui patroni non sunt, vt dicit text. *in dicta l.penultima.* cùm sit, quòd quando materia non est habilis ad obligationem, nec iuramentum introducit eam: ita docet latè Bartol. *in dicta l. si quis pro eo. in 9. declaratione.* Sic ergo in operis libertorum. Nam cùm libertum promittentem, & patronum, cui promittantur, exigant, quia libertatis causa sunt introductæ, dicendum est, quòd alter non obligabitur, nec alteri iuramento causabitur obligatio. Et hæc maximè videntur vera, si de operis officialibus intelligatur, super quibus solet apponi iuramentum: quia hæ semper sequuntur beneficij libertatis auctorem: adeò, quòd nec ad hæredes extraneos transeunt, *vt in l.fabriles. & in l.operæ.ff.de ope.liberto & l.liberti. C. eodem titul.* Hæ sunt igitur causæ, quare non obligatur iuramento operarum, qui libertus non est, non quoniam iuramentum obligari nō possit. Habes ergo ex his verum (vt credo) intellectum ad l.si quis pro eo, & ad l.vt iusiurandi, & ad d. l.fin.de libera.causa: & non ignoro has, & similes nostras interpretationes obtrectationis subire periculum: sed cùm innocenter & piè doceamus, eiusmodi quicquid sit, hilari sustinebimus animo: nam & si nos verita-

rem ignoremus, ex nostris forsan aliquis eam inuestigabit. Cùm inter venatores alter ceruum è latibulo deducat, alius eum deprædetur & occidat.

¶ An autem iure canonico ex iuramento
105 † promissorio oriatur actio? Bartolus fuit in opinione quòd oriretur, *vt in dicta l. si quis pro eo.* & fuit opinio Hostiens. & Ioan. Andr. *in c cum venissent. de insti.* Sed Innocen. *in dicto c. cum venissent. & in c. quintauallis. de iureiurando. & in cap. nouit. de iudicijs.* videtur hoc negare: dicit enim per tex. *in c. nouit.* quòd datur officium iudicis, quod etiam probatur duplici ratione. Nam officium iudicis datur ad id, quod non est in obligatione, *l. qui per collusionem ff. empt.* Sed hîc datur officium iudicis, *vt in c. nouit. in c. cum c. laicus. de foro competenti.* Ergo non inerit obligatio. ¶ Item cùm verba referuntur ad iudicem, inducunt iudicis officium, *vt notatur in l. si soror. C. de col. Bartol in l. vna. C. de con. ex lege.* Sed in omnibus istis iuribus, quæ de iuramento obseruando loquuntur, verba ad iudicem diriguntur. Ergo competit officium iudicis, & non actio: maximè ne demus ius canonicum contrarium iuri ciuili: & ita tenent communiter doctores, vt latè poteris videre Ioan. de Imol. *in repetitio cap. cum contingat. & dom. Ias. in l. vt iusiurandum, quod ex conuentione. ff. de iureiurando.* ¶ Sed ego veriorem credo opinionem Hostiensis, Ioan. And. & Bartoli, maximè per argumenta, quæ superius satis latè deduxi. Nam

Communis opinio.

Digitized by Google

Nam iuramētum habet iuris canonici vinculum, *vt in c.2. & in c.5. & per totum ti.* Ergo habet obligationem canonicam: cùm nihil sit nisi iuris vinculũ alicuius soluendæ rei, secundum ecclesiasticas constitutiones. Quod probatur argumēto necessario, à definitione obligationis ciuilis. ¶ Item prout suprà edidi argumenta, aliter quàm hucusque considerata. Ita do tibi tex. qui bis dicit, ex iuramento promissorio iurantem esse obligatum, *in cle.1. de iureiuran.* Vbi in 2. colum. Henricus Imperat. allegabat, quòd nunquam fecisset iuramētum, propter quod ad iuramentũ fidelitatis fuisset obligatus. Itaque ex sensu text. illius, iuramētum fidelitatis habet obligationem ad eius obseruantiam, & tamen tale iuramentum est simplex & promissorium, vt sup. latè vidisti. Item melius & clarius loquitur idem tex. in penul. col. post medium. ibi (*sub prædicto se obligans iuramēto, quòd ipsam aliquam: ne ipsarum partem nullo vnquam tempore occuparet*) ecce ergo, quòd in iuramento subest obligatio, cùm text. ibi expressè dicat obligatum. ¶ Ad contraria responde, prout aliàs respondi sup. in quæstione, an ex pacto nudo oriatur actio, in solutione vltima primi argumenti, quia vt ibi latè, non ex officio negatur actio.

Obligationis canonicæ definitio.

¶ Oportunè etiam quæritur, an tale iuramentum introducat † naturalem obligationem? Bartol. *in eadem l. si quis pro eo.* concludit, quòd non, tali argumento: Si enim naturalis 106

Digitized by Google

obligatio esset orta, posset accedere fideiussor, *vt in l. 1. & 2. de fideiussor. ff.* Sed non accedit, *vt in dicta l. si quis pro.* ergo planè cognoscitur, naturalem non subesse obligationem. Itaque secundum Bartolum de iure ciuili ex iuramento non introducitur obligatio naturalis: vnde nec iuramentum (vt ipse dicit) habet vim pacti, quia iurando non promitto parti, sed Deo: ideo non est duorum consensus, & ob hoc nõ oritur naturalis obligatio. Ita ipse Bar. quem sequitur Ioan. de Imol. *in d. c. cum contingat. 26. col. ad fin.* vbi latè huius opinionis auctores videre poteris. ¶ Ego nempe, non solùm in cõtrariam opinionem declinor, sed de tam iniqua sententia maximè miror. Quis tã ignarus iustitiæ atque æquitatis alienus, vt cùm ex promissione homine homini naturaliter obligari concedat, neget promissionem Deo factam, eadem ratione naturali seruari oportere? Nam si homini promissa obseruare naturali conuenit æquitati, multò æquius erit, si quid Deo promiserimus, ei promissum obseruare. At ne credas, hanc esse solùm veritatis speciem. Nam ab eodem Bartolo constabit nostra opinio: dicit enim ipse, quòd de iure canonico oritur obligatio & actio ex tali iuramento, sequitur ergo naturalem subesse obligationem: quia obligationes canonicæ maximè ex promissione, subsunt obligationi naturali, vt patet ex c. nostro, & suprà satis latè ostendi. Si enim naturaliter non esset iuramen-

Digitized by Google

ramentum obseruandum, nō est credendum, quod ius canonicum præciperet ea obseruari. Cum naturam ius nostrum semper imitetur, *vt in c.fi.9.dist.* eò maximè, quod iuramenta obseruari præcipitur ex ratione & vinculo naturali, cum dicatur: cogendos esse iurantes Deo reddere iuramentum, *vt in capit. debitoris.* Nam si Deo cogimur reddere iuramentum non canonico iure, sed ipsa natura erat Deo quæsita obligatio. Forsan quispiam dicet, vt ipse etiam Bartol. sentit, quod etiam si de iure canonico concedatur oriri naturalem obligationem, cogitur tamen dicere, quod de iure ciuili non oritur ex argumento necessario, ex quo Bart. fuit coactus. O mira magni doctoris doctrina! Quod enim omnium gētium commune & naturale est, id credit esse diuersum apud Iureconsultos & canonica iura. Si enim iure naturę teneor obseruare iuramentũ, hoc ius naturę ita erit secundum ius ciuile, prout secundum ius canonicum, quia ex his iuribus natura ipsa non mutatur, *vt in ca.fin.su. proximè al. & in §.sed naturalia. Institu. de iure nat. gent. & ciui. & in leg. has obligationes. de cap. dimi.* & hoc satis clarè ostendit Marcus Tull. in tertio lib. de republica, cum dicat: quod lex naturæ est immutabilis, cuius est interpres & sator Deus: nec hæc est alia Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac: nec per populum aut senatum ab hac solui possumus. Item idem Marc. Tull. tertio offic. lib. inquit, quod enim

Lex Naturæ immutabilis.

 ciui-

ciuile, non idem continuo gentium: quod autem gentium, idē ciuile esse debet. Idcirco non est facienda differentia inter ius canonicum, & ciuile, in ipsa lege naturæ. Sed data non legis sed interpretum discordia, canonicis institutis magis est adhærendum, quia hæc (vt dicit Augustin.) non differunt à lege diuina: eo magis, quod rectius intelligendo ostendi nullam esse discordiam inter ius canonicum & ciuile. Forsan Barto. fuit in opinione Carneadis, qui nihil esse ius naturale dicebat, nisi quod homines & populi pro sua vtilitate sanxissent. Sed tam errata opinio absit à nobis, & à Bart. abest, maximè dum idem fatetur *in extra. ad reprimendam. in verbo denunciationem. 2. colu. in princ.* quod in iuramento subest consensus & naturalis obligatio.

Naturale quid sit secundum Carneadem.

¶Item in alio quod negat Bart. Iuramētum
107 habere † vim pacti, ego satis dubito, & contra Bar. probatur: Imo, quod si iuro tibi dare centum, tale iuramentum habet in se pactum inter te & me, & vltra conuentionem nostram habet vinculum religionis, ex quo resultat alia promissio, quæ fit Deo. Hoc probatur ex glos. approbata ab omnibus instituta. *quib. mo. re contra. ob. in gl. magna in fi.* vbi glos. dicit, quod pactum vestitur iuramento, & allegat casum *in d. l. vt iusiurandi. de oper. liber.* & tamen ibi iuramentum est promissorium & idē notatur per gl. approbatam *in l. iurisgen. § quinimo. in gl. mag. in fin. idem in l. 1. C. de op. lib. per tex l. fi. de li. causa. & in d. l.*

Communis opinio.

in d l.vt iusiurandi. glossarum opinionem ratione necessaria probo. Nā si libertus iurat præstare operas,& huic obligationi adiiciat patrono fideiussorem, fideiussor patrono obligatur: ergo patrono erat naturaliter obligatus, ex quo sequitur, quod non possumus negare conuentionem. Sed quispiam dicet, fateor, quod in illo casu erat conuentum, & naturalem inesse obligationem. Sed ille casus est specialis. Respondeas quod conuentio est facti, & naturalis obligatio est facti, *vt l. consilio. C. de cura. fur. in l. si vnus. § pactus ne peteret. & ibi latè dixi.* Vnde dicere, quod quoad conuentionem est casus specialis, est ridiculum, cum ita iuro tibi reddere 100. prout libertus iurat patrono operas: & ita in vno casu est consensus, prout in alio, aliàs non esset casus specialis, qui excipitur à regula iuris, & in eodem casu, *vt in cap. quoniam frequenter. vt lite non contestat.* ¶ Præterea probatur: certum est, quod iuramentum est asseueratio quædam religiosa, id est religionis vinculo roborata, vt doctores ipsi fatentur: Ergo habebit tacitum consensum. Probatur consequentia *ex lege tale pactum. cum similibus. ff. de pactis.* vbi cum scribo te mihi nihil debere, ex hoc censeor pactum facere liberationis. Quantò ergo magis, quàndo illa asseueratio est religione confirmata. ¶ Item probatur ex eo, quod quando alicui iuratur, ab eadem parte potest iurans absolui, *vt in capitul. 1. de iureiurand. notatur in capit. 2. de sponsal.*

Digitized by Google

ſponſal. ergo ei erat quæſita obligatio, quę non quæritur niſi conſentienti, *vt in l. qui abſenti. de dona. ff.* ¶ Præterea ad iſtam partem facit text. quidem ſingularis in propoſito, *in l. certum. §. ſi quis abſente. ff. de confeſſ.* vbi dicit Vlpian. quod ſi libertus abſente patrono iurat præſtare operas, nõ obligatur: ex quo datur intelligi, quod voluntas interuenit patroni in tali iuramento. ¶ Item hoc probatur *ex cle. 1. de iureiurando.* vbi ſæpius ponitur iuramentũ fidelitatis præſtandum: & demum refertur in tertia colum. quod recepit ſummus pontifex à Rege Romanorum fidelitatis iuramentum, cuius forma in his verbis ſubiicitur. Ego Henricus Romanorum Rex, annuente Domino, futurus imperator promitto, ſpondeo, polliceor: atq; iuro coram Deo, & beato Petro, me de cætero protectorem, defenſorem, & procuratorem fore ſummi pontificis, &c. Elicio igitur ex illa forma, quod in iuramento ſubeſt promiſſio, coram Deo parti facta, quod etiã probatur in eadem clementina in penult. col. ibi ſub prædicto ſe obligans iuramento. Item in fine col. ibi. ſub eodem etiam iuramento promiſit. Promiſſio itaq; ſubeſt iuramento tam Deo, quia ipſi teſtatur, quam etiam parti, cui ſub iuramento promittitur: facit tex. *in cap. tibi domino. 63. ſupra alleg.* cum dicitur, tibi domino Ioanni ego rex iuro & promitto, &c. & tamen iſta eſt forma fidelitatis iuramenti, vt conſtat *in eadem clemen. in 3. colum. ante medium:* vbi text. ille

Singulare.

Digitized by Google

ille ad talem formam citatur. At ob hoc forsan credi potest, quod in iuramento quod parti alicui fit, vel eius, vel vicem gerentis, personæ præsentia exquiritur, *vt in d. l. certum. §. si quis absente.* Cum ergo iuramentum includat in se pactum, sequitur habere vim pacti: imo vim illam excedere: cum pactum, & religione, & præsentia Dei superet. Iuramentum enim fit coram Deo, *vt in clem. 1. su. all.* Sed etiam posito, quod non concludat pactum inter partes: ratio ipsa constringit, vt quod Deo promittitur, habeat eam vim, vel forsan maiorem, quam quod parti promitti contingit. ¶ Vnde videntur aberrare doctores, vt Ioa. de Imol. *in d. cap. cum contingat.* cum doceant: Iuramentum habere modum † pollicitationis, 108
quæ est solius offerentis promissio, & ideo non habere obligationem naturalem: quippe in iuramento subest pactum, vt supra vides. Ergo non habet modum pollicitationis: at si vt ipsi intelligeremus pollicitationem, negare possemus habere modum pollicitationis, quia pollicitatio est solius offerentis: Vnde si fiat præsenti, non est pollicitatio: Sed pactum secundum ipsos, vt asserit ibidem Ioa. de Imo. *per l. qui patitur. ff. mandati.* Sed iuramentum est promissio Deo facta secundum ipsos, & fit coram Deo, vt patet in eadem clem. ibi *promitto, & iuro coram Deo.* ergo habent in se modum, & vim pacti, & non pollicitationis. Sed ego ostendi supra in pollicitationis materia aliter

intel-

intelligendam pollicitationem, quam ipsi intelligunt. Vnde bene credo iuramentum habere, quoad Deum, vim pollicitationis, prout dicimus de voto *in l.2.ff.de pol.* sed etiam credo contra vulgi opinionem, pollicitationem habere vim pacti, vt ibidem ostendi. ¶ Quid autem dicendum erit de lege si quis pro eo, ex cuius vrgentissimo argumento Bart. & cæteri id fateri sunt coacti? ¶ Respondeo, quod ideo in leg. si quis pro eo. non subest naturalis obligatio, quia si non libertus operas libertatis causa iurat, iuramentum nō habet causam: aut si eam habet, illa non est vera. Ex quo nec iuramento etiam naturaliter obligatur: quia iuramentum veritatis est vinculum, non falsitatis, *vt in c.& si Christus.* Sed etiam si velis tenere, quod naturaliter subest obligatio, non obstat argum. quia quandoq; subest naturalis obligatio, & tamen nec iuramentum habet iuris ciuilis vinculum: nec accedit fideiussor, scilicet, cum lege præcipitur, ne aliquid fiat. *l.non dubium. Cod. de leg.* At libertum esse oportet legibus cidilibus, & quod libertatis causa iuret, *vt in leg.vt iusiurandi.& leg. operæ. supr. alleg.* ergo si non fuerit libertus, non obligatur, vt accessio ciuilis habeat locum, quia ex legis præcepto effectus ciuilis naturalis obligationis impediuntur. ¶ Ex his primò infero, quod si quis iuraret operas se præstaturum, videlicet ad depingēdam domum, vel ad fabricandnm: ex tali iuramento, iuregentium, & ipsa natu-

Digitized by Google

natura, & legibus canonicis obligatur, & ego non comprehendo, quare iure ciuili non obligetur, vt superius ostendi, licèt esset hoc imponere os in cœlum, id est in antiquos magistros, non tamen imponeremus in cœli iustitiam, qua æquum ab iniquo discernitur, & satis legibus ciuilibus consonat, *vt in eadem l. si quis pro eo. & in leg. ne in arbitris. C. de legibus. & in vsi. feudorum in cap. 1. qualiter iurare debeat vasallus. & in dicta leg. vt iusiurandi.* ¶ Secundò infero, quod si operas, quæ patronis à liberto debentur, qui non sit libertus, iurauerit: nec tenetur iure ciuili, nec canonico, nec naturali: quia deficit materia & causa ex qua iurantur tales operæ, ita propriè intelligitur text. *in leg. si quis pro eo. & in leg. vt iusiurandi. & in leg. fin. de liber. causa. & in leg penul. de obseq. ali. præs.* vbi casus est singul. Vnde non rectè sentit Bartol. & sequaces *in d. l. si quis pro eo. in 2. colu.* vbi dicunt, ꝙ de iure canonico nõ procedit tex. ille: Hoc tamẽ crederem, nisi scienter iurasset, quia tunc credo eum obligatum, cum quodlibet iuramentum sit seruandum, dum nõ vergat in interitũ salutis æternæ. *vt in c. cũ contingat. & in ca. quamuis pactũ. cum simi. facit quod not. in l. qui nimis. C. de op. libert. & in l. Campanus. ff. eo.* Scientia. n. in iuramento obligat, & error excusat. *vt in capit. quanto de iureiur.* ¶ Tertiò infero, ꝙ malè notat do. Ant. quem refert & sequitur Ioa. de Imol. *in d. c. cum contingat. 30. col. quasi ad finem*, vbi ipsi tenent, ꝙ si ego iuro tibi, Seio dare centum, Singulare.

& si

Digitized by Google

& si Seius sit absens, ipse poterit agere ex iuramento: allegant glossam, *in cap. quotiens cordis. 1. quæst. 7.* ¶ Sed ista conclusio non videtur constans. Nā absenti non promittitur: sed præsenti, & qui promittit præsenti ei se obligat, non absenti. Vnde falsum est, absenti quæsitam obligationem, vel absentem agere posse, vt dicitur *in l. certum. §. si quis absenti. de confess. ff.* vbi dum absenti iuratur, nihil agitur, & vt supra dixi, in iuramento subest promissio, quæ fit ei, cui iuratur. Vnde ei ero obligatus. Facit quod notatur *in leg. stipulatio ista. §. si quis insulam. ff. de verborum obligat.* quod quando mihi promittis alteri dare, est mihi quæsita obligatio naturalis, non illi. Ita ergo in proposito præsenti causatur obligatio, ex iuramento, non absenti, quod latius intelliges ex his, quæ dixi in l. 1. ff. eo. in gloss. in idem. ¶ Non obstat tex. cum gl. *in c. quotiens cordis.* vbi pontifici promittitur, & per ipsum Petro: illi enim c. dantur plures intellectus, ex quibus responderi potest, pontificem representare personam Petri, cum etiam dicatur aliquando eius vicarius, vt ibi dicitur: ideo per pontificem Petro censetur esse promissum. Glossa autem non dicit, quod absenti obligetur, vt Ioa. de Imo. falsò refert. Sed dicit, promittentē obligari, & intelligendum est ei obligari, cui est promissum. sc. præsenti. An autem, dum iuramento quidquam absenti parte, promittitur, id de iure canonico debeatur, videbis, do. Abb. *in c. sicut de iureiur.*

Pontifex representat personam Petri.

iur. el 3. & do. Ioa. de Imol. in dicta rep. in 85. col. qui, vt vides, malè vtitur allegatione gl. *in d. ca. quotiens.* nam nisi vtatur organo medio, ad pactũ, Deo obligabitur, cui iuramento promittit, non parti absenti. ¶ Quartò infero ad intellectum *text. 1. c. debitores.* vbi ex iuramento obligatio resultat ad soluẽdas vsuras, & vt medullam sentias, oppono, ꝙ cum iuramentum habeat promissionem, quæ in partem dirigitur, necessariò videtur dicendum, tale iuramentum non valere: quia parti turpiter promittitur, vt ibidem tex. affirmat, aut si id neges, necesse erit concedere, cum iuramentum valeat, in se non habere talem promissionem. Respondeo, quod in iuramento quolibet, consideratur duplex † promissio: vna, ex qua parti, 109
sub religionis vinculo promitto, *vt loquuntur lex certum. §. si quis absente, & lex si quis pro eo. & clem. 1. & dict. unicap. tibi domino.* Alia, quia cum Deum testem, (vt inquit Cicero pri. of. li.) ex iuraméto adhibeam: ex hoc resultat quædam tacita promissio in Deum, ex qua ei obligor, *vt in capit. debitores.* ibi compellendi sunt Deo reddere iuramentum. Itaque in iuramento de soluendis vsuris, etiam si promissio, quæ in partem dirigitur, (quia turpis) iure non valet: tamen illa promissio, quæ in Deum resultat, remanet efficax: ratio, quia turpitudo, quę in vsurario versatur, in Deum non est, qui est simplex, & purus, & ob hoc dicitur, compellendos Deo reddere iuramentum. Ex quo

Digitized by Google

ſatis conſtat, quod in iuramento eſt duplex conſenſus, & aliquando vnus ſine altero valet. ¶ Vnde aliqua breuiter infero. Primum, quod id, quod paſſim vulgo fertur, quod ibi iuramentum erat acceſſorium obligationis principalis, & ob hoc eſſe ibi caſum, vbi acceſſorium valet ſine principali. ¶ Quippe ego aliter intelligo: nam ſi obligatio principalis non eſt orta, nec ad eſſentiam rerum deducta, quia ex parte vſurarii erat turpis, quomodo potuit accedere non enti? Itaque non videtur ſubtiliter conſideratum, iuramentum ibidem fuiſſe acceſſorium obligationis principalis, cum ipſi etiam doctores fateantur, nullam principalem ortã eſſe obligationem: & ita in Bononienſi quadam diſputatione, doctori ſatis ſubtili, reſpondebam. At ipſi doctores, *vt eſt do. Abb. in c. 1. eo. tit. in penul. col. ibi tertio non placet. & dom. Ant.* dicunt ex iuramento ſubeſſe duas obligationes: vnam principaliter Deo, aliam ſecundariò parti. Ergo ſi illa obligatio, quæ Deo fit, valeat, non poſſumus dicere, quod obligatio acceſſoria valeat. Imo valet principalis. Falſum igitur, quod obligatio acceſſoria valeat, non valente principali. ¶ Sed dicet quiſpiam, quod verum eſt, quod eſt principalis in iuramento, ſed eſt acceſſoria ad promiſſionem: quia promitto tibi ſoluere vſuras, & iuro talẽ promiſſionem. Vnde iſtud iuramẽtum eſt acceſſorium, & valet ſine promiſſione. Itaque reſpectu promiſſionis, cui adiici-

adiicitur iuramentum, bene posset dici, quod accessorium iure valeat, non valente principali: tamen respectu obligationis, non est dicendum accessorium esse, & si gl. contrarium sentire videatur. Ratio, quia obligatio nõ est, & obligationi, quæ non est, accedere non potest. Iuramenti ergo promissio stat per se, & per se habet obligationem, ex quo probatur, per se efficaciam habere: quia cum aliqua, quæ in genere suo sunt consecutiua, & accessoria alteri, stant sine illo cui adhęrere solent, ex hoc probatur, essentiam eorum non dependere ab illo principali, vt inquit Bal. *in l. filius. la 1. Cod. ad Macedo. per l. ob turpem. ff. de cond. ob turpem causam.* Igitur cum iuramentum habeat obligationem, & stet per se; Iuramentum est introductorium obligationis, & ita est tex. ibi. *& in capit. 1. eod. titul. pro nostra opin. & ita notabat Abb. in dicto cap. 1.* ¶ Sed strictius intelligendo non video, quo modo doctoribus constet, *in dicto capit. debitores. & in c. 1.* quod iuramentum fuisset cõfirmatorium principalis promissionis, ipsi enim dãt tres promissiones; Vnã, qua promittitur parti soluere vsuras, alteram, quę resultat ex iuramẽto cõfirmatorio cõuentionis, & hæc est principaliter Deo. Alterã, quæ resultat ex isto iuramento accessoriè ad ipsam partẽ. Vnde dicũt accessoriè parti quæri obligationẽ. Ita docet do. Abb. ꝓfecto mihi videť, ꝙ ipsi fingãt principalẽ promissionẽ fuisse ibi. & iuramẽtum additũ tanq̃ cõfirmatoriũ: nam

ex tex. non apparet, nisi tantum iurasse soluere vsuras: vt puta, iuraui soluere 10. nomine vsurarum, &c. Item eodem modo loquitur texx. *in c. 1. & in cap. 2. & in cap. peruenit. el secundo.* Item si promissio præcessit, nõ est necesse fingere postea aliam promissionem accessoriam ex iuramento parti resultantem: maximè, quod bis idem, & eidem promitti superfluo elicitur, *vt in leg. qui bis idem. ff. de verbor. obligat.* ¶ Item in iuramento promissorio, non credo principaliter promissionem tendere in Deum: Imo, principaliter parti sub iuramento promitto, vt probaui per clemen. 1. de iureiuran. Sed quia coram Deo promitto, cũ ipsum adhibeam veritatis testem, ex hoc resultat tacita quædam promissio, quæ in Deum tendit, quæ magis est secundaria, quam principalis. Vnde dicimus, quod à iuramẽto pars ipsa absoluit, quia principaliter ei censetur iuramento obstrictus. Si tamen principaliter quis Deo promitteret, non posset ab ipsa parte absolui, *vt notatur in cap. 2. de sponsalibus.* ¶ Præterea cum dom. Abb. dicat, quod ex iuramento vsurarũ acquiritur parti secundariæ obligatio, probat, quia pars absoluit, *vt in ca. 1. eod. tit.* ergo ei est quæsita obligatio: alias enim absoluere nõ posset, & ita reprehendit dom. Ant. ¶ Ego credo dom. Abbatem hæc non bene discernere. Nam constat in iuramento cõsistere promissionem parti, ex qua parti obligatur, vt satis latè superius probaui. Sed talis promissio in vsuris

Digitized by Google

vſuris eſt illicita, quia turpis ex parte recipientis. Ergo illi parti nō obligatur, quod idem Abbas neceſſariò cogitur fateri, dum dicit, quod parti facta promiſſio non valet. At dum conſiderat, quod in iuramento ſubeſt alia promiſſio & obligatio ſecundaria, iſtam ipſe fingit, quia principalis promiſſio erat parti facta, & quia vitioſa, non obligat parti. Sed etiam ſi eam obligationem, & promiſſionem ſecundariam fateamur, idem tamen vitium contingit in ea, quod in promiſſione principali contingere poterat. Vnde illa obligatio, etiam ſecundariò, non eſt elicienda ſine neceſſitate. ¶ Nec obſtat argum. Abbatis, cuius neceſſitate contrarium tenuit. Nam pars ipſa abſoluit cauſatiuè, obligatio enim eſt iuris vinculum, ergo ius vinculat, iuſque reſoluit. Cum igitur iurans vſuras Deo, ſit obligatus ſoluere tibi vſuras, vt in capitulo debitores, ſi ſatisfiat tibi, neceſſario cauſatur reſolutio obligationis, *vt in §. ſi quis alij. Inſtitut. de inutil. ſtipulat.* vbi dicitur, quod ſi tibi promiſi ſoluere Seio, etiam te inuito, poteſt Seio ſolui, & liberatio ipſo iure continget. Ita dicit text. liberat ergo ius, vel Deus ipſe, cui iura ſubſunt, tamen à parte abſolui dicimus, *vt in c. 1. ſu. al. & in c. ſignificauit, de cenſib.* quia pars cauſat ipſam abſolutionem. Vnde non ex hoc ſequitur, partem eſſe obligatam, & promiſſionem quæſitam. Cum ipſe habeat pro recepta pecuniam vſurariam, & eſt contentus, & ex hoc

causetur liberatio. Nihil enim interest, ei soluatur, vel eius volũtati satisfiat, *vt in l. solutum. §. solutam. ff. de pign. ac. & in l. solutionis verbo. ff. de sol.* Cogita, quia aliquantulum dubito. ¶ Quintò principaliter infero, dubitabilem esse, & forsan sine iuris discretione distinctionem, quam firmiter docent omnes nobis antiquio
100 res. Aliud † esse iuramentum cõfirmatorium, & alio iure censeri, & aliud esse iuramentum promissorium. Adeo, quod his membris ita distinctis, quasi diuerso iure tradendis, diuersimodè doctores procedunt, vt Bartol. *in d. l. si quis pro eo. & in authent. sacramenta pub. canonista in capitul. cum contingat.* ¶ Sed præsertim, quoad ius canonicum, idem esse probatur: constat enim iuramentum promissorium habere partium conuentionem, scil. iurantis, & cui iuratur, *vt probatur in d. l. si quis pro eo:* aliàs enim tali iuramento accedere nõ posset fideiussor; *probatur sæpius in cle. 1. de iureiur. & in c. tibi domino. 63. dist. & in l. certum. §. si quis absente, supr. all.* si ergò habet partium conuentionem, & vinculum religionis, ex qua etiam resultat quædam promissio Deo facta, Ergo nulla est differẽtia inter hoc iuramentum, & iuramentum adiectum alicui cõtractui: vt puta, iuraui emptionem, venditionem, locationem, vel pactum. Nam etiam si ego dico, iuro tibi dare cẽtum, inest pactum religione cõfirmatum: At si dicas, si semel promitto, & postea iuro, sunt duę promissiones: fateor, sed in instãti nihil geminata

nata verba operātur,& idem eſt,ac ſi iuraſſet, ꝙ argumento ſatis vrgenti concluditur. Nam do. Abb.(vt poteris videre in notabilib.c.1.)dicit,iuramentum de ſoluendis vſuris eſſe obligatorium.Et idem *in c.debitores* (vt idem eſt iuramentum)intelligit iuramentum confirmatorium,ꝙ ex nihilo alio prouenit:niſi, quia in iuramento parti facto,ſubeſt cōſenſus, & pactum,& pōt dici confirmatorium iuramentū, iu quantum illa promiſſio religione cōfirmatur,ita clare intelliges tex.in c.peruenit,in ſecundo.in literis ſuis.illa.n.promiſſio, quæ reſultat in Deum,cōfirmat promiſſionē,&conuentionem partium,ipſa Dei præſentia. Nūc etiam intelliges conſtructuram tex.*in c. quamuis pactum.de pactis li.6.* ibi,ſi tamen iuramento, nō vi, nec dolo præſtito,firmatum fuerit, pactum omnino ſeruari debebit. in his cogita.

¶Sextò infero,ꝙ etiam de iure ciuili erit iuramentum obligationis † introductorium ; ad- 111
eo,ꝙ ſi pacto adiiciatur iuramentum , erit validum tale pactum , cuius contra.tenet gloſſ. *in d.l. ſi quis pro eo. & in leg.1. C. de oper. libertorum. & Bald. ibidem.& in authentic. ſacramenta puberum.Angel.in leg.iuriſgent.§.quinimo , & ibi eſt ſenſus gloſſæ.* Vnde dicunt Alexand. & moderni Papienſes *in leg. ſi quis maior. Cod. de tranſactio.in 11. notab.* hanc eſſe magis communem ſententiam. Allegantur duo iura,primum lex vt iuriſiurandi de op.lib.cum ſimilibus,ſecundum lex cum antea.C.de arbit.

Communis opinio.

Digitized by Google

¶ Sed ego credo ſententiam contrariam eſſe veriorem: Primò, quia video, quod iuramẽtum contractum aliàs inefficacem videtur confirmare, *vt in auth. Sacra. pub.* Nec id obſtat, quod ibi communiter dicitur, ꝙ iuramentum minorem facit maiorem, & quod hoc videatur operari illa auth. Nam rectius conſiderando ego video, ibi eſſe iuratum de non reuocãdis cõtractib. Item animaduerto, quod aliud eſt contrahere, aliud nõ reuocare cõtractum: probatur, quia, qui iurat promiſſionem, eam adimplere poteſt, & debet: & tamen nihilominus poteſt reuocare, *vt in ca. debitores. de iureiurando & ibi doctores.* & ſæpius conſtat, quod contractus valet, ſed reſcindi vel reuocari poteſt. Ex quo elicitur, aliud eſſe contrahere & promittere aliquid, aliud promittere non reuocare, quod ſemel contractum eſt. At in authentic. ſacramenta. iuramentum fuit præſtitum de non reuocandis contractibus, quod iuramentum eſt diſtinctum ab ipſo contractu, & promiſſione principali: Tunc aduerte, quod tale iuramentum eſt promiſſorium, & omnino obſeruandum per tex. ibi, ergo iuramentum parti factum, de iure ciuili, debet obſeruari. Ex quo ſequitur oriendam obligationem, actionem, & exceptionem, vt notat ibi gloſſa *in verbo inuiolabiliter cuſtodiantur.* & Bartol. qui in hoc eam confirmat. & idem Bart. *in l. ſi quis pro eo. in ſecunda col. per vulgatam l. ſtatuas de ac. rerum do.* cum itaq; iuramentum

tum

Digitized by Google

tum adijcitur promissioni, necessariò dicendum est, eam esse efficacē, si id continet, quod iuramentum: cùm dicamus etiam iuramento inesse promissionem parti factam, aliàs non posset parti acquiri actio.

¶ Nec id approbo, quod à Bal. & à cæteris, præsertim à Ioanne de Imol. sæpe dicitur, quod ibi iuramentum tantùm est suppositū in contractu minoris. Nam in omnium contractibus subest legislatoris intentio, à maiori & fortiori. Si enim sacramēta puberum sunt seruanda, à fortiori maiorū, vt ipsa ratio demonstrat, & sentit idem Imperator, dum ampliando subiungit, quòd si per vim etiam à maioribus fuerint facta, nullius erunt momenti. Ergo dum de minoribus affirmatiuè loquitur, etiam de maioribus, fortiori ratione, idē sentire constat. Hoc idem probatur in omnibus iuribus, in quibus præcipitur iuramētum esse obseruādum, vt superius latius dixi. hoc idem probatur *in l. si quis maior. C. de transactionibus.* vbi pacta, vel transactiones diuino nomine comprobatæ, pariunt actionem: quia, qui periurus fuerit, actione priuatur, & si eam non habuisset, priuari non posset, *vt in l. decem. ff. de verborum oblig. & in c. ad dissoluendum. de spon. impube.* Hæc fuit ponderatio Ludo. Roman. *in l. 1. ff. de verborum obliga.* & Rapha. *in rubri. eodem titulo.* sed do. Alex. respondet, quòd actione ex iuramento, periurus non poterat priuari, sed actione prima, quæ competebat ante transactionem.

ctionem. Idem confirmat do. Iaſ. dicens, quòd periuro non potuit quæri actio, ſed aduerſario. ¶ Ego quippe miror de ratione Modernorum Papienſium, quia cùm trāſactio ſit reciproca, vtraque pars iurat, ob id etiam periuro incontinenti fuit quæſita actio, ſcilicet ante periurium: quia incontinenti pactum producit actionem, cùm iuramento ſit confirmatum, prout ſtipulatio producere potuit, & ita poteſt verificari textus ille in actione ex pacto nata. Quod etiam probatur, cùm text. dicat, ꝙ tenetur ſoluere pœnam, quæ pactis fuerat inſerta, vt ibi ponderat do. Alex. vnde non rectè id negaret d. Ioan. de Imo. *in rep. in 14. charta.* & do. Alex. *in eadem l. ſi quis maior.* cùm dicāt, quòd ibi ex iuramento non naſcitur actio: & quòd naſcatur, ſatis clarè probatur in verbo, *actione priuatus.* Nam aut intelligis, quòd priuatur actione quæſita ex iuramento, & tunc habeo intentum, aut in actione prima, & certum eſt, quòd iuramento fuit priuatus, & fuit extincta actio ex iuramento, vt verba ſonant, priuationem ipſo iure ibi actione priuatus, rerū proprietate careat, &c. Cùm ergo iuramentum reſoluat actionem ipſo iure, ſequitur & parere actionem: quia eadem eſt vis naturaliter, *vt in l. legitima. de pactis. & in l. nihil tam naturale. de regu. iuris.* Sed prima pars mihi videtur verior, quia priuatio actionis magis ſonat pœnam, quàm conuentionem. Fuit igitur priuatus actione ex iuramēto quæſita. ¶ Item, quod clarè pro-

Digitized by Google

rè probabo, finge, quòd ego & tu reciprocè iuramus solenniter, alius recedere à lite, alius aliquid soluere, quæro an tex. ille habebit locum? profectò non rectè sentit, qui hoc negaret: quia hîc est pactum, cùm sit duorum consensus, item hîc confirmatio pacti diuino nomine consolidata: quia interuenit iuramentum: iuraui enim per Deum, & sancta Dei Euangelia, ergo sententia text. illius habebit locum. ¶ Vnde mirabiliter extra vulgi opinionem elicio, quòd iuramentum promissorium non solùm parit actionem, sed ex eo resultat, vt qui non seruauerit tale iuramentum, tam tenetur ad promissum in promissione principali, quàm etiam ad pœnam, soluto principali, *per textum in dicta l. si quis maior.* Ex quo tex. eliciunt docentes, quòd iuramentum confirmatorium habeat vim clausulæ, † *rato manente* 112
pacto. ¶ Sed ego hæc aliter declarabo, & oppono: certum est, quòd quando aliquid promittitur sub pœna, pœna venit loco rei, adeo, quòd vel tenetur ad id, quod promisit, vel ad pœnam, non tamen simul ad vtrunque: nisi apponatur clausula (*rato manente pacto*) *vt in leg. qui fidem. ff. de transact. in c. dilecti. de arbitris.* Vnde dicimus, quòd pœna succedit loco rei, in l. si quis à socio. ff. pro socio. in l. prædia. ff. de act. empti. Aut igitur intelligis, quòd partes intendunt, & pœnam soluere & rem, pacto non obseruato, quod videtur falsum, *vt in d. l. qui fidem.* Aut intelligis, quòd aut rem intendant solue-

ſoluere, aut pœnam, & tunc videtur, quòd iuramentum non habet vim clauſulæ, *rato manente pacto.* Ratio, quia iuramentum non obligat vltra iurantis intentionem, *vt in c. veniens. de iureiuran. in c. 5. eodem titu.* Cùm igitur non ſit de intentione partium, vt rato manente pacto, pœna ſoluatur: cùm id expreſsè non ſit conuentum, videtur, quòd ex iuraměto ad id non obligatur. Falſum igitur eſſet hac attenta ratione, quòd iuramentum habeat vim clauſulæ, *rato manente pacto.* Nam cogar ex iuramento adimplere quod promiſi, & non vltra. Sed quid dicendum ad l. ſi quis maior? reſponde, quòd ibi ob pœnā periurij tenetur ad vtrunque, non forſan ex conuentione iuramenti: quod ſatis clarè oſtenditur in eodem tex. dum pœna irrogatur infamiæ, & priuatur proprietate rerum, de quibus trāſactum fuerat. quod omnes doctores ſatis videntur fateri, dū ibidem notant, pœnas, quæ ex periurio inferuntur. Ex hoc inferre poteris, quòd hoc prẹſuppoſito vero, in foro conſcientiæ, non tenetur ad pactum, & ad pœnam, quia ad vtrunq; non eſt conuentum, *vt in d. c. dilecti.* cogita, quia hẹc leuiter dubitationis gratia dixi, quia ſe offerunt. ¶ Non obſtat lex, vt iuſiurandi, & lex, ſi quis pro eo. illæ enim leges faciunt pro me, vt ſuprà eas intellexi, & quidem veritatem ignorantes, ſemper reperiūtur varij, nec ſibi conſtant. Gloſſæ enim allegant illa iura, quòd pactum veſtitur iuramento, in caſu tantùm ſpeciali.

Digitized by Google

ciali. Bartol. ibi ratione constrictus, negat in iuramento inesse pactum, *vt in 2. colum.* At do. Alexand. *in l. si quis maior. in vltim. colum.* allegat Bar. *in l. si quis pro eo. & tex. ibi ex casu speciali.* & tamen Bartol. ibi negat inesse pactum iuramento. Vnde Bartol. falsò allegatur ab Alexand. & æquè falsò allegat eum do. Ias. *in eadem l. si quis maior.* in nostra quæstione. Nam Bartol. *in l. si quis pro eo. in 6. quæst.* tenet, quòd si pacto nudo adijciatur iuramentum, vel stipulationi alteri factæ, ex hoc oritur actio de iure canonico. Ita dicit Bartol. Non tamen per hoc asserit, ꝙ de iure ciuili non oriatur. Et cùm vera iustitia sit, hoc scilicet, vt iuramētum seruetur, idem ego credo de iure ciuili: præsertim, quòd in cognitione obseruationis iuramenti iuri canonico credendum sit: *vt notatur in c. licet. ex suscepto. de foro compet. in ca. nouit. de iudi.* Non ergo est dicendum, dum id negare possumus, ius ciuile à vera iustitia deuiasse. ¶ Non obstat lex, ne in arbitris. Cod. de arbitris. vbi iuramentum specialiter certa solennitate obligat, & non aliàs. Fateor, quòd iuramentum obligat ibi certa solennitate, scilicet, si iuratum appareat in actis, aliàs non: tamen ex hoc probatur iuramentum de se esse efficax ad obligādum, cùm ibi nulla ratio specialis constet. Nec obstat, quòd deficiente illa solennitate nihil videatur actum, nā hoc prouenit ex solennitate probatoria, & extrinseca, quæ à iure cōsideratur, qua deficiente annullat

nullat

Digitized by Google

nullat obligatio iuramenti, quæ quidem solennitas non pertinet ad essentiam iuramenti, & si ad effectum pertinere possit, vt clarè videbis Bartolum *in l. 1. de condict. indeb. facit tex. l. duo sunt Titij. de testam. tu. ff.*

¶ Septimò infero ad dubitationem, an bona sit ratio, quam docent doctores, quare de iure ciuili iuramentum non introducat obligationem. Et prout latè do. Io. de Imo. *in d. rep. 27. colum.* ratio est, quia iuramentum non ha-
113 bet † consensum: non enim per iuramentum promittitur parti, sed Deo: & de obligatione Dei lex non videtur curasse, quia finis legis ciuilis principaliter non curat de anima. Facit quod idem Ioan. de Imol. dicit *in 4. colum. in fine, per glo.* ibi quòd finis legis ciuilis est curare de bono politico, per quod conseruetur genus humanum, & recipiat multiplicationem. Facit quod notat Ioan. Andr. *in regu. possessor. de regul. iuris. libro 6.* hæc sunt verba Ioan. de Imo. ¶ Hanc rationem falsam esse, & si sit Antonij, Bart. & ipsius Io. de Imo. satis constat: quia dictum est falsum, & dictũ falsum est, quia ratio falsa. Cùm clarè probetur, iuramentum habere pactum, vt suprà. Sed quod subijciunt, quòd lex ciuilis curauit de bono politico, fa-
114 tendum est: & quòd non † curauerit de anima, hoc non debemus ita extenso modo intelligere, vt contra animam, vel potius præter ius rectæ conscientiæ ius ciuile faciat constitutiones suas, dum id non probetur necessariò,

ſariò, quia ius animæ & rectæ conſcientiæ nihil eſt, niſi vera iuſtitia. Peccatum enim (vt tenent Theologi) eſt in rectam rationem committere: iure enim conſcientiæ, & ipſius animæ tenemur ad ea, quæ ſunt diuini & naturalis iuris. At ius diuinum & naturale hoc eſt, vt alteri facias, quod tibi vis fieri: & ne alteri inferas, quod tibi non vis fieri. Vnde dicit Chriſtus in Euangelio: Omnia quæcunque vultis vt faciant vobis homines, & vos eadem facite illis. Hinc enim pendent leges & Prophetæ, *vt dicitur in cap. primo, 1. diſtinct.* At idem eſt ex intentione iuris ciuilis. Ius enim ciuile, iuſtitiam ſequitur, & in hoc conſiſtit, vt vnicuique quod ſuum eſt, tribuatur, *vt patet in definitione, & in l. iuſtitia. de iuſtitia & iure ff.* Iuris enim præcepta ſunt, honeſtè viuere, alterum non lædere, ius ſuum vnicuique tribuere. Ex his igitur primis preceptis inferuntur omnes leges, tam canonicæ, quàm etiam ciuiles, omnesq; tendunt ad bonum commune, id eſt, vt totum genus humanum bene rectum, ex ſuis particularibus conſtet. Et ideo dicit Gregor. in proœm. decreta. quòd ideo lex proditur, vt appetitus noxius ſub iuris regula limitetur, per quam regulam genus humanum, vt honeſtè viuat, alterum non lædat, ius ſuum vnicuiq; tribuat, informatur. Finis ergo legis canonici idem videtur, ſcilicet, vt vniuerſum genus humanũ ſibi iuſtitia cõſtet. Nam ſi hoc conſequetur, conſequetur etiam animarum ſalu-

Alteri nõ facias, quod tibi fieri non vis.

ſalutem. Qui enim honeſtè viuit, alterum non lædit, & ſuum cuique tribuit, quo ad ea, quæ iuris ſunt, ſaluus erit. Finis ergo omnium bonarum legum eſt omnium cõſeruatio, quæ ab iſtis præceptis ſubordinatur: ius tamen canonicũ, cùm ſpiritualem habeat iuriſdictionem, magis ſectatur ſpiritus cõſeruationem. Nec mirum, nam conſeruato ſpiritu ne peccet, totum conſeruabitur genus humanum, quod creatum eſt ad animarũ beatitudinem: & ideo ius canonicum perfectius meram exequitur iuſtitiam, conſeruatione ſpiritus, quia complectitur cõſeruationem generis humani, & eius æternam ſalutẽ, ad quam credimus eſſe formatum & creatum. At huius eam cauſam credo, quòd verus legiſlator Chriſtus eccleſiam docuerit, *vt in c. ſignificaſti. de elect. & in c. vt noſtrum. vt eccleſ. benefi. ſine di. confe.* immediatè enim ex Dei doctrina, potuit perfectius iuſtitia cognoſci, quàm Iureconſulti cognouerint, vt ſup. in quæſtione pacti nudi dicebam: ſed cùm finis ſit ad bonum commune idem. Item cùm eadem ſint iuſtitiæ principia, vt ſuprà dixi. ab eiſdem principiis, & ad eundem finem non benè eliciuntur contraria. In caſibus igitur, in quibus poteſt dari concordia, non eſt dicendum leges deuiaſſe à canonibus, & non curare de anima. Qui enim firmat ex iuramento non obligari, neceſſariò docet leges à vera iuſtitia deuiaſſe, quod ego dum negare poſſem, dicere non auderem.

Finis omniũ bonarũ legũ quis.

¶ Item

Digitized by Google

¶ Item contra eos, qui faciunt differētiam inter iuris politici conſeruationem, & cōſeruationem ſpiritualem, & ipſius animæ, obſtat tex. & magis glo. *in l.1. de iuſtitia & iur. ff.* vbi Vlpianus, quòd ſtudij iuris duæ ſunt poſitiones; publicum, & priuatum: ſubiungit deinde, publicum ius conſiſtit in ſacris ſacerdotibus. Dicit Accurſius, quòd conſiſtit ius publicum in ſacris, vt ſunt eccleſiæ, in quibus petamus veniam peccatorum, *vt in auth. vt li. ma. & auia. §: quia verò. colum. 9.* & ideo ſi eccleſiæ fuerint læſæ, quilibet poteſt vti interdicto, *vt in l. 1. 2. & 3. ff. de inter.* Item conſiſtit ius publicum in ſacerdotibus, quia intereſt, vt ſint ſacerdotes, à quibus veniam petamus peccatorum, *vt in l. inter claras. C. de ſumma Trin. & fid. cath.* Ideo quilibet poteſt agere ex iniuria ſacerdoti illata, *vt in l. ſi quis in hoc. de epiſc. & cler.* ¶ Si igitur ſacerdotes & ſacra ita curat ius ciuile, vt ea credat publici iuris, quia ſunt media quædam inter Deum & hominem, quomodo dici rectè poterit, quòd ius ciuile nō curat de anima. Nam ſi publicum bonum curat, hoc ipſum eſt curare de concernentibus animam præſertim ſecundum gloſſæ intentionem, at non poſſunt ſacra publici iuris eſſe, quin & iuramentum in eadem ſubintret ratione, cùm ſacramentum dicatur, *vt in authent. ſacramenta puberum.* nam ſi ſacta eo dicantur publici iuris, quia Deo dedicata ſunt, eadem ratione iuramentum non debet ſaltem prætermitti: cùm ob hoc, quòd

Sacramentũ vnde dictũ.

Deo fiat, sacramentum dicatur. Sed hic vltima ratio valet à simili, non ab eodem, quia sacra illa diuersa sunt à iuramento. Fatendum tamen est, rationem spiritus, & animæ vtrunque casum contingere. ¶ Nec quidem gloss. & Ioan. de Imola viderunt Aristot. 1. Ethi. vlt. cap. vbi ipse fœlicitatem humanam, circa virtutum operationem, considerat, & id ius ciuile maximè prosequitur, quod homines intendit efficere bonos. Hæc enim erat iuris ciuilis Lacedæmonum, & Cretensium intẽtio. Vnde fateri oportet, ciuitatem ipsam regentem, ea, quæ circa animum versantur, scire oportere: quemadmodũ, qui oculos, ac totum corpus curaturus est, de ipso sciat necesse erit. Vnde ipse infert, ꝙ tantò magis sciẽtia ciuilis est præstãtior, & honorabilior ipsa medicina. Hęc sumpsi ex Arist. qui, si vera dicit, clarè cõstat, quàm dubitabilis sit opinio eorũ, qui docent, ius ipsum ciuile de corpore curare, & nõ de anima ipsa. ¶ Præterea prædicti doctores attende rogo, quàm sibi pugnãtia dicãt, cùm doceant animã cunctis rebus pręferendã *per L. sancimus. C. de sacros. eccl.* & dicunt leges non curare de anima, vel de fine eius: si enim legibus ipsis anima omnibus præferenda sit rebus, ab eisdem legibus non prætermittitur conseruatio animæ: adeo, vt non curent de eius perditione. At vt rectius hæc intelligas, animam ipsam, hominẽ totũ lex intelligit, & ideo dicit Imperator ꝓpter captiuos redimẽdos etiam

res

res ecclesiasticas vendi posse, cùm animæ hominum quibuscunque sint rebus præferendæ, anima igitur pro toto homine sumitur: quia est forma hominis. Facit text. *in extrauag. ad reprimendam. in princip.* vbi omnis anima est Imperatori subiecta: animam ergo intelligit totum hominem. Hinc constat, quòd cùm ius ciuile curet de bono politico, curat de anima, quia (mihi crede) nisi animę ipsæ recta iustitia conseruentur, ciuitas bene regi non potest, & non debemus dicere, quòd ius ciuile non curauerit de animabus, cùm totam ciuitatem conseruare velit. Fateor tamen, quòd strictius ius canonicum se habeat. In his cogita. **Anima pro toto homine sumitur.**

¶ Octauò infero, quod non est bona ratio, quam tradunt doctores, quare est, quòd specialiter iuramẽtum obligat libertum operas promittentem. Dicit dom. Anton. *in dicto cap. cum contingat. & latius ibi Ioan. de Imol. in 7. colum. quasi ad finem.* quòd in illo casu præcedit quædam obligatio naturalis, ex qua ad antidora est obligatus libertus, vt præstet operas patrono, à quo libertatem suscepit. Quæ quidem naturalis adeo est efficax, vt quandoq; habeat præstandi necessitatem, *vt in l. si nõ sortem. § libertus. de con. inde.* ideo per naturam obligationis pręambulæ inducit obligationem. Vnde inferũt, quòd vbicunq; alias præcessit naturalis obligatio, bene obligat iuramentum, etiam de iure ciuili, *vt argum. in l. 1. § debitum. de constit. pe ff.* facit etiã quod tenet Host. *in c. per tuas. 5. de arbi.*

Digitized by Google

vbi dicit, quòd oritur obligatio ex cõpromisſo iurato: ratio, quia adeſt duplex cõſenſus. Ita dicebat do. Anto. & Io. de Imol. ex quo infert Io. de Imo. quòd pactum nudum de iure ciuili veſtitur iuramento, ſed ipſe non tenet illationem, propter contrariam doctor. opin. ¶ Attende igitur, ꝙ ratio ſpecialitatis non põt eſſe bona, cùm id ſit regulare. At ꝙ non ſit bona, ego tibi probo ab eadem. Ipſi enim negant, ꝙ in iuramento ſubſit obligatio naturalis, quo ad partem, quia non eſt conſenſus. Sed fatentur, quòd ſi aliàs inſit naturalis, & naturali adijciatur illud vinculum religionis, tũc erit efficax, per ſuam rationem. At conſtat, verius intelligendo, quòd in iuramento ſubeſt natura-
115 lis † obligatio, ex promiſſione parti facta: probatur, quia accedit fideiuſſor, *vt in ead. l. ſi quis pro eo.* Itẽ acquiritur obligatio parti, ergo pars cõſentit. Vnde, ſecundum eos, quodlibet iuramentum licitũ habebit obligationem, quia in quolibet ſubeſt obligatio naturalis, quo ad partem, & alia, quo ad Deum, *vt in c. debitores. & in c. & ſi Chriſtus. de iureiurando.* ¶ Item do. Ioan. de Imo. approbat rationẽ, & non tenet, quod ex ea ſequitur: nam ſi verum eſt, quòd ex eo, quod naturaliter debeo patrono bene facere, quia dedit libertatem, iuramento obligor, eodem modo, ſi parti promitto, & iuro, obligatio orietur: quia pacto efficacius quis obligatur, quàm illa obligatione naturali, qua tenemur generaliter benefacientibus bene facere,

cere, vt notat Bar. latissimè *in l. ex hoc iure. de iustitia & iure.* nisi dicamus, quòd loquitur in operis officialibus, ad quas tenetur etiam obligatione ciuili, *vt in dict. §. libertus.* Sed in his non intelligunt doctores. Cùm igitur neget consequentiam, quæ necessariò sequitur, antecedens, quod ipsa firmat, negare videtur. ¶ Nonò quærendũ est, an sit bona ratio, quam dant doctores, quare iuramentum, de iure ciuili, nõ introducat obligationem. Et talem refert Ioan. de Imo. *in 28. colum. ibi pro huius declaratione.* scilicet, quòd ius ciuile noluit obligationem oriri ex iuramento, quia cõsiderauit homines malè seruare iuramenta, & pronos ad periuria. Vt igitur tolleret materiam periuriis, † sta 116
tuit, ne obligarentur ex iuramẽto, quia ex hoc homines non curarent iurare, nec alios ad iurandum inducere. *Facit quod traditur in l. 1. & 2. C. de indi. vid. tol.* ¶ Vnde primò infertur intellectus ad ea, quæ traduntur *in l. quæ sub conditione. ff. de con. insti.* vbi remisit prætor cõditionem iuramenti, si in testamento apponatur: vt puta, relinquo Titio centum, si iurauerit ascendere capitolium, &c. ¶ Secundò infertur, ꝙ tam pactum nudum, quàm stipulatio iurata, non ob hoc pariet actionem, nec de se iuramẽtum pariet obligationem: itaq; idem censetur esse in iuramento simpliciter facto, & in iuramento confirmatorio, *per tex. in l. si quis pro eo.* quia eadem ratio. Sed quia obstat authent. sacramenta puberum, respondetur, quòd ibi

aliis vestimentis legalibus prouideri non poterat, & ideo lex introduxit, vt iuramentū induceret obligationē. At si dicas, ꝙ potuit prouideri, vt minor efficaciter obligaretur, scilicet si interuenit solennitas interposita ad valitudinē cōtractus facti à minore. Sed respon. Io. de Imol. ꝙ etiā si hoc sit verū, tamen ista ꝓuisio non potuit esse ex vestimētis pactorum, & ideo ꝓpter hoc recurrebatur ad sacramentū, vt ꝓpter reuerentiā, saltem Dei, homines obseruarent iuramentū, etiamsi de iure ciuili non sit introductoriū: & ne iurantes periurarent, ibi ꝓuidetur, ꝙ introducat obligationē. ¶ Ad l. si quis maior. negat, ꝙ oriatur actio ex iuramēto, sed dicit, ꝙ debeat puniri pœna infamię, &c. Vnde cōcludit, ꝙ siue iuramentum confirmet, siue sit simplex, non parit obligationē, nisi in liberto, *per prædictam l. si quis pro eo.* demū dicit, ꝙ articulus nō est sine dubitatione. Hæc sunt verba Io. de Imo. *in 28. & in 29. & in 30. colum.* ¶ Nempe tam varius sermo inconstantem & veritatis ignaram doctrinā arguit. Primò nota, quòd ipse fuit coactus fateri eandem esse rationem in iuramento per se ꝓmissorio, & in iuramento confirmatorio, ex quo nostræ considerationes, quas s̃. vidisti *in quæst. princip. & in 5. illatione*, satis confirmantur. ¶ Secundò noto Ioan. de Imol. in se ipsum peccare, nam, vt vidisti in 7. illatione, ipse tenet ius ciuile non curasse de anima, & ob id non curare, vt iuramentum obseruetur. & idem dicebat

cebat do. Anto. & glo. *in d. c. cum contingat. in glo. magna in medio.* & tamen hîc docet, quòd ideo introduxit, ne ex iuramento actio oriretur, vt euitaret hominum periuria. Si enim hanc curam habet ius ciuile, vt euitet hominũ periuria, ergo habet animarũ curam, cùm in periurio hoc cõsideretur. Item videbis clarè huius rationis errorẽ, quia ex ea ſequitur, quòd nec ius canonicum deberet iuramenta obſeruanda præcipere, cùm ex hac ſequantur periuria. At ius canonicum pręcipuam habet curam periuria euitare, ne animarum ſaluti detrahatur, *vt in c. ſi verò. de iureiurando.* & tamen omnino præcipit obſeruari iuramenta, dũ ſint licita, *vt in c. quanto. & in capit. cum contingat. & in cap. & ſi Chriſtus.* Præterea ridiculum videtur, quòd ius ciuile præcipiat, vt iuramentum non debeat ſeruari, ad effectum, vt euitentur periuria, quia in iſto eodem pręcepto non euitantur, ſed præcipiuntur periuria, eò præſertim, quòd ius ciuile, etiam ſi ab obligatione ciuili, quæ parti quæritur, excuſare poſſet: ab obligatione, quæ in Deum tendit, & ab ipſo periurio non poteſt, vt declarat do. Abb. *in c. cum contingat. 4. col. ante medium. & tex. eſt ibi.* & vltra do tibi caſum ad huius rationis confuſionem *in c. ſi vero. §. al.* vbi grauiſſimo metu iuribus ſuis quidã renunciauerat, dubitatur, an debeat obſeruare iuramentũ? reſpõdet Rom. Pontifex, ꝙ non eſt tutũ, quẽlibet cõtra iuramẽtũ ſuũ venire: nec nos alicui dare volum⁹

materiam veniendi contra iuramentum propriũ, ne auctores periurij videamur. hucusq; tex. Nota igitur, ꝙ euitatur periuriũ, præcipiendo id obseruare, & si permittatur id nõ obseruari, periuria permittuntur, & permittentes, vel præcipientes sunt periurij auctores. Hinc infero, ꝙ si lex ciuilis diceret, ꝙ ex iuramento non oriatur actio, vt iuramentum non obseruetur, in se cõtineret peccatũ, & ideo talis lex nulla esset, *vt in c. fin. de præs.* Hoc intelligo quo ad obligationẽ, quæ in Deũ dirigitur, quæ nec prohiberi, nec tolli põt: secus quo ad obligationẽ, quę inter partes iuramẽto versatur. In qua obligatione intelliges legẽ nõ dubium. in fi. C. de legib. & c. cùm cõtingat. dum dicit, ꝙ talis cõsensus, scđm legitimas sanctiones, nõ videtur obligatorius: gustabis ergo, ꝙ loquitur de cõsensu, & non de iuramento, in quantũ in Deũ dirigitur. De his dicã forsan, altius hæc aggrediendo, q̃ alibi scripta viderim, dum super illo c. scribere Deus dabit. ¶ Item do. Io. de Imol. sibi non cõstat, cùm primò dicat, non introduci obligationem, ne incurrãt periuria: secundò in calce dicit, ꝙ in authent. sacramenta puberum, ideo fuit præceptũ obseruare iuramentum, vt obuiaretur periuriis. Hæc quidem leuia, & sibi cõtraria sunt. Et ideo nec de his est curandũ, nec de fictionibus, quas longis ambagibus docent, respondendo ad authen. sacramenta, & ad l. si quis maior, de quibus id sentias, quod ego suprà sensi.

¶ Quarta

Digitized by Google

¶ Quarta principalis declaratio ad tex. nostrum traditur à modernis, quod regula nostra procedat in foro ecclesiastico: At inter laicos subiectos † imperio, non habet locum 117
regula canonica, quod ex pacto nudo oriatur actio. Ita Angelus *consil 26. incipiente. punctus est talis. & in l. si certis. 5. col. de pactis Bald. in authen. ad hac. 4. col. C. de vsur.* habebit igitur inter eos locum ipsa denunciatio euangelica, vt tenent hic omnes doctores, sed in terris subiectis ecclesiæ bene habet locum text. noster. Ita Dd. quos latè sequuntur, & referunt moderni Sandei in quarta declaratione.

Communis opinio.

¶ Primò igitur noto ex dictis doctorum, quod ista regula non comprehendit subditos Imperatori: de ista conclusione videtur dubitandum, & primò à causis (vt solemus) dubitationes elicimus. Quæro igitur rationem, quare ius canonicum pactis custodiendis dederit ius? ratio est, quia ius, & iustitia naturalis ita dictat, qua non seruata peccatur. At ius canonicum debet subditos cõseruare à lapsu peccati, ideo pręcipitur pacta custodienda. Hanc rationem passim fatentur doctores, vt in nostro text. vides, sed ista ratio est generalis, tam in subditos imperii, quam etiam in subditos ecclesiæ: quia quo ad ea, in quibus peccatum prohibetur, vel quo ad spiritualem iurisditionem, omnes æquè subsunt ecclesiæ, *vt in c. 1. de const. & ibi per glossam, & Innocentium, & reliquos. & in c. nouit de iudicijs.* Ergo ex nostro textu

 in

Digitized by Google

in omnes competet actio: & ita est de mente Abbatis *hic 1. col. ibi in gloss. 1. &c. Item in finalibus verbis huius capituli.* Cum enim noster text. sub peccati ratione procedat, negari non potest, quod eius dispositio habeat locum in omnes Christicolas: ergo si ex eo competit actio, in omnibus vendicabit sibi locum. ¶ Item ego perpendo, quod præceptum nostri text. non procedit per rationem subiectionis temporalis, quod nullus est, qui negauit, procedit ergo per rationem spiritualis iurisdictionis, ex quo sequitur, quod eadẽ ratione, qua subditi ecclesię temporaliter comprehenduntur in textu nostro, comprehendentur etiam subditi temporaliter ipsi Imperatori: ratio, quia subiectio temporalium nihil ad casum nostrum: prout igitur subiectio temporalis in subditis ecclesiæ nihil operatur, ita subiectio imperii temporalis nihil impedit: itaque verum erit in omnes actiones dari, ne quisque miretur, quod ego qui laicus & qui imperii dictioni subsum, te etiam laicum Imperatoris subditum actione canonica conueniam. nam talis conuentio causatur à ratione spirituali, per quam ecclesiæ & ego, & tu, subditi sumus. ¶ Hac præterea ratione attenta, videtur concludi, quod laici ecclesiæ in temporalibus subditi, non ea causa ex pactis nudis teneantur, quia iurisdictioni ecclesiæ specialiter subsint. Non enim ex temporali iurisdictione sed ex spirituali text. noster habet

habet suum fundamentum, quo fit vt omnes æquè, & eadem ratione comprehendantur in tex. nostro, quia omnes Christiani subiicimur ecclesiæ.

¶ Vnde satis probatur non subtiliter considerasse doctores, quos hic sequuntur Moderni, cum sentiant ea ratione laicos in temporalibus ecclesiæ subditos teneri ex pactis, quia in eos ecclesia habet iurisdictionem temporalem. Nam docent, ipsos & non alios in text. nostro comprehendi. Sed talis ratio, (vt credo) non est tenenda. Videmus enim spiritus conseruandi causa text. nostrum motum, quod fatentur ipsi doctores. ergo per temporalem iurisdictionem non competit actio, ex text. nostro. malè idcirco distinguitur à doctoribus. ¶ Quare tu altiori mente ita considera. Aut enim tenemus nostrum text. à iure ciuili approbatum, quia maximè in materia peccati leges canonibus cedunt, & approbant: imo eis subsunt, & secundum hoc bene sequitur, etiam de iure ciuili ex pacto oriri actionem, quod superius latè examinaui. & ita concludebam. At si dicas me in eo, quod bene dico, malè aliquid sentire. quia si canonibus subiiciuntur, ergo canones non approbant. Cum approbare, vel confirmare non videatur esse inferioris, sed æqualis vel superioris. Respondeo, quod respectu spiritualis iurisdictionis, leges non possunt approbare canones, sed obsequi: *vt in capitul.*

Approbare non est Inferioris.

eccle-

ecclesia sanctaMaria, de constit. ratio, quia ecclesię subsunt, sed respectu eo, quo ecclesia iustum imperat, bene possunt: imo debent idem approbare, quo ad subditos suos, vt id à subditis imperatoris obseruetur, quod ecclesia omnibus imperat. Et ita loquitur authen. quomo. op. episcopos. & cap. clerici, de iudiciis. quod Imperator non dedignatur sacros canones imitari. ¶ Aut tenemus, quod iure ciuili ex pacto non oriatur actio, prout omnes doctores concludere videntur, & tunc dicendum est, ex duplici saltem capite, omnes laicos verę religionis ex pacto nudo iure canonico obligari, atq; etiam coram iudice seculari iustitiam exhiberi. Prima causa est, quam supra docui, quia, maximè in materia peccati, omnes ecclesiasticis præceptis tenemur, *vt in ca. nouit. de iudicijs. & ibi gloss. Innocen. & cæteri. Bart. in l. priuilegia. C. de sacr. sanct. eccles.* & ita tenet expresse dom. Ioan. de Imol. *in cap. cum contingat. 3. colu. ante medium. infra de iureiurando.* vbi ipse expres-

Communis opinio.

118 sè dicit, quod † in materia peccati, vt puta, in iuramentis, pactis, & similibus ius canonicum est seruandum, etiam in foro seculari, & hoc, vt dixi, concluditur ex doctrina vniuersali omnium doctorum, qui fatentur, quod in materia concernente peccatum, ius canonicum est seruandum, in vtroque foro, vt tenet Ioa. Andr. & Calder. & Abb. *in c. 1. de noui oper. nunc. super gloss. in verbo adiuuantur. Bart. & legistæ in d. l. priuilegia.* Sed in pactis obseruandis ius canonicum

Ius Canonicum quando seruandum.

nicum

Digitized by Google

nicum concernit peccatum euitandum, ergo actio, quæ competit ex text. nostro, etiam in foro seculari habebit locum. ¶ Hinc singulariter constat, quod in vtroque foro, hodie ex pacto nudo habebimus ius agendi. ¶ Item alio capite hoc constare videtur, nam si tenemus, quod ius ciuile non approbat leges canonicas, adeo vt ex legibus approbantib. iuncto c. nostro oriatur etiam ciuilis actio: nihilo minus tamen dicendum est, vnum de duobus quod aut iudex secularis ex pacto ius ministrabit, per rationem tex. *in c. ex tenore. & in ca. licet ex suscepto. de foro comp.* quia dum damus negligentiam iustitiæ ciuilis, ius canonicum succedit. Cum ergo in iustitia pactorum nudorum, ius ciuile neglige̅ter se habuerit, quia ea prætermisit, succedit regula iuris canonici, etiam in foro seculari (vt credo) obseruanda, qua regula pactis ius ministratur. Aut tenemus pertinaciter, (vt plerique tenent) quod solum in foro ecclesiastico, ex pactis iustitia, vel actio ministratur, & tunc etiam concluditur, quod tam laici quam clerici ex pactis nudis habebunt actionem canonicam, hac saltem ratione, quia quandocunq; in foro seculari iustitia negligenter ministratur, vel defuerit, eo tunc succedit ecclesia, & ecclesiastica pręcepta, per rationem & text. *in d. c. licet ex suscepto. & in c. ex tenore. de foro compet. cum similibus.* Igitur pacta nuda hodie, etiam inter laicos, actionem habere pluribus capitibus nobis constat, quæ tu

Singulare.

alta

alta mente retineas: nullibi enim hæc ita à neruo vidisti: & finaliter vides, quartam declarationem Moder. Sandei nostris rationibus satis obumbratam.

¶ Quinta declaratio est, quod in foro conscientiæ, si sine iuramento vel fidei interpositione promissum sit; non obligatur quis ex
119 nuda promissione, nisi animum † promittendi habeat: nam dum non promittitur cum intentione obligandi, non oboritur obligatio: cuius adimplementum sit necessarium ad salutem. ita declarat Richard. de media Villa. *quarto sentent. distinctio. 38. quæstion. 3.* prout referunt hic Modern. qui dicunt satis facere ad propositum. caput literarum, de voto. vbi ille refert hæc verba, non diu hic morabor. proponens in animo, quod religionis habitum esset aliquando suscepturus, & tamen ibi si non adimpleat, non dicitur voti transgressor: cuius ratio (vt tenet gloss.) ea est, quia non dixit animo se obligandi: quamuis enim iure naturæ obligetur promittens ad adimplendum quod promisit, illa tamen obligatio non est necessitatis, nisi sic se obligare intenderit, sed honestatis & congruitatis, ideo contrauenienis non peccat mortaliter, sed venialiter: nec mireris, quia sicut in leg. scripta comprehenduntur aliqua tanquam ad salutem necessaria, & alia ad salutem non necessaria, sed expedientia: ita in l. naturæ comprehenduntur quędam obligantia de necessitate.

Digitized by Google

tate; & quædam obligantia de congruitate & honestate: & hoc videtur rationabile, quia multi ex deliberatione aliqua bona dicunt se facturos, qui non dicerent, si per hoc crederent se obligatos ad faciendum. ¶ Item refert Richard. aliam opinionem, quod nuda promissio, ex deliberatione facta, promittentem obligat obligatione necessaria, ad faciendum quod promisit, si vult consequi salutem. *per text. in cap. quicunq; suffragio 12 quæstio. 2. & in c. quia Ioannes. 12. q. 5.* quamuis enim promittens non intendat se obligari obligatione necessaria explicita. Ita dicebat Richardus: moderni verò apertius dicunt hæc declaranda, & fatentur, quod ista secunda opinio sit seruanda in foro contentioso canonico, secus in foro conscientię, quia in hoc distinguitur: aut enim præcedit sola promissio absque deliberatione, & non obligat: aut præcedit deliberatio cum proposito, & obligat. ita do. Abb. *in d. cap. literarum. & sanct. Thom. 2. 2. quæstion. 88. artic. 2.* quem & Abb. & Moderni allegant: hæc sunt eorum verba. ¶ Ego verò quamprimum dicam quod opinor, deinde dubitationes, quas sentio, exponam. Quod igitur teneo est, promittentem teneri in foro conscientiæ, etiam si nudis verbis promittat, dum id iocosè, aut forsan furore incensus non promittat, quod isto modo mihi persuadeo. Video quippe promittẽtem natura obligari, ergo in foro conscientiæ obligatur: at ꝙ

natu-

Digitized by Google

natura obligetur, nullus negauit: *cum pateat ex l.1.de pact.ff. & ex tex. nostro cum similibus*, & consequentia probatur *ex tex.in c.si.de consuetud.& in c.fi. de præs.* sed si quis dicat nullam obligationem natura consistere, nisi adsit intentio obligandi, cum ex eadem intentione obligatio ipsa conflетur, *vt in l.obligationum substantia. de oblig.& act.l.non omnis.si cert. petat. in c.veniens. de iureiuran.* Responde quod falsum est (ita nudo sensu si intelligas) necessariam esse obligãdi intentionem. Finge quidem. rusticum iuris ignarum quidquam promittere, qui nec naturæ, nec iuris ciuilis obligationem considerat. Sed absurdum dicemus, si eum obligari negabimus. Ideo hæc ita sunt intelligenda, vt promittens habeat intentionem adimplendi quod promisit, & quod ista intentione promittat. Ex ista ergo intentione agentis oritur naturalis obligatio. ratio, quia quod semel promisit, cum intentione adimplendi, tenetur adimplere, vrgente naturali ratione, *vt in d.l.1.* quæ quidem ratio naturalis in omnib. est communis, & ab ipsa natura insita: quo fit, vt ideo promittamus, vt is cui promittitur sciat nos adimpleturos, quod ꝓmittimus. Promissio enim ipsa ratione adimplementi necessitatem inducit, quæ quidem necessitas cuilibet est nota ipsa natura, & hoc est, quod dicebat Richardus, quod non erat necessaria intentio obligationis explicita, sed inest eo ipso intentio implicita. At quod promissio ipsa ratione

tione necessitatem inducat, satis constat ex sensu iurisconsulti, *in leg. 1. ff. de pact. in princip.* dum dicitur, nihil fidei humanæ magis congruere, quam promissorum obseruatio, & quidem quantum conueniat, nos ipsi satis videmus: cum fides sit quoddam fundamentum iustitiæ, à qua veluti à centro vniuersa mundi machina circum constat. facit text. *in dicto cap. iuramenti.* vbi, sicut q iurat, ideo iurat, vt quod verum est loquatur: Ita eodem modo, qui promittit, hac mente promittere debet, vt adimpleat, & ex hac intentione resultat dictamen rationis naturalis, quæ ostendit talem promissionem esse obseruādam, quod dictamen nihil est, nisi ipsa obligatio naturalis, *vt in leg. Stichum. §. naturales. de sol.* ista ergo obligatio eadem est, quo ad necessitatem in promissione nuda, prout in iuramento: & in vtroq; ad salutem animæ necessaria, *vt in eodem capitul. iuramenti.* Item si quis diceret, quod potest esse, vt quis promittat, quod soluere non intendit, ergo non erit obligatus? Responde, quod in foro iudiciali non potest iudicari defectus intentionis: quia nemo creditur mendacium dicere, *v. in leg. Labeo. §. idem Tubero. de sup. leg.* sed in foro conscientiæ veritas ipsa semper habet locum. Vnde verum est, eum peccasse, quia mentitus est: qui enim aliud dicit, quam sentiat, maximè alteri promittendo, mendax est, & in hoc ipso peccat. *vt in d. c. iuramenti. & in c. & si Christus. de iureiur. & in c. super eo. de vsuris.*

Mendacium non præsumitur.

 ¶Venio

¶ Venio ad examen eorum quæ ab aliis ſupra retuli, & primo non obſtat text *in ca. literarum.* quia ibi promiſſio nõ ea ratione eſt inefficax, quia non habent animum obligandi, ſed ideo illa verba ſunt inefficacia: quia per ea nõ promiſit: nam ſi ſemel promiſiſſet ſe religionem profeſſurum, teneretur ad eam adimplendã, quia qui promittit, habet animum adimplendi: aliàs enim non promitteret. Item animus ad exteriorem promiſſionem proceſſit, & ob hoc obligatur. ita tenet ibi do. Abb. cum ſancto doctore *ſecunda ſecundæ qu. 88. art. 1.* vbi enim propoſitum proceſſit ad promiſſionem, cauſatur obligatio, quia promiſſio iam eſt actus exterior ex deliberatione procedens. in quo caſu non loquitur text. *in c. literarum*, & ſi moderni aliter credant: ſed loquitur in propoſito verbis expreſſo, q; non dicitur neceſſitate obligare, quamuis ceſſando meritum perdere dicatur, *vt in c. qui bona. 17. q. 1. & ibi.* in hoc cogita. ¶ Præterea cum prædicti patres talia verba ſubiiciant, quod quamuis iure naturę obligetur promittens ad adimplendum, quod promiſit: illa tamen obligatio nõ eſt neceſſitatis, ſed honeſtatis, & congruitatis, niſi ſic ſe obligare intendit. ¶ Profectò ſe obligare non eſt neceſſe, vt intendat, ſcilicet explicitè: ſed eo ipſo, quod promittit, debet hoc votum habere, ſcilicet ſe adimpleturum, quod ſi fecerit, obligatur. Sed ſi non adimpleturus falsò promiſerit, tenetur ad mendacium, quod

quod est peccatum. An autem teneatur ad promissa? videtur quod sic: ne mentiens melioris sit conditionis, quam ex animo promittens, *vt in c. cum vniuersorum. de rerũ per. l. seruius. ff.* quod vi aut clam. sed in hoc esset distinguendum. ¶ Item cum dicunt, ꝙ est obligatio non necessitatis, sed honestatis, videntur hæc sibi esse aduersa: si enim est obligatio, est necessitatis: † quia obligatio non potest esse necessaria, vt patet in definitione. *Instit. de oblig.* sed si dicas, verum est, ꝙ omnis obligatio ciuilis est necessaria, sed nos loquimur de obligatione naturali. Respondeo, quod sicut obligatio ciuilis habet vinculum, & necessitatem ciuilem: ita naturalis habet vinculũ, & necessitatẽ rationis naturalis; vnde non potest esse aliqua obligatio naturalis, quæ non habet rationis necessitatem, & si forsan non habeat effectum ciuilem. Hæc tamen intellige, dum stricto sermone loquimur. ¶ Item si stoicorum sententiam tenemus, necessitas rationis non differt ab honestate: quod enim honestum sit, id solum bonum esse dicebant: cuius sententiæ autores feruntur Zeno stoicorum princeps, & Chrysippus. li. de virtutibus. Quod etiam Socrates, & demum inter latinos Marcus Tullius in paradoxis disputando tenuit. Cum enim solùm sit honestum bonum, & bonum sequi, ratione vrgeamur. Cum à bono declinamur, in eam committimus: satis etiam his cõsonat, quod doce-

Mendax non debet esse melioris cõditionis, quã bona fide promittens.

120

id solum Bonum quod Honestum.

tur *in l iustitia. de iure nat. gent. & ciui. ff. & in §. iuris. Instit. de iust. & iure.* vbi iuris primum præceptum est, honeste viuere. Vulgi tamen opinio aliud sentire solet, cum honestatem à necessitate disiungat, ideo distinguendum esset, sed non est nostræ disputationis. *Vide eundem Cicero. & Canonistas in capitul. ad aures de ætat. & qualit.* ¶ Præterea, cum adducunt inconueniens, quod multi dicunt se aliqua bona facturos, qui non dicerent, si crederent, ex hoc se obligatos. Respondeo, quod differentiam faciunt doctores, inter dictum, & promissionem. Nam dicere possum, quod proposui, *vt in dict. cap. literarum.* Sed si id promitto alicui, teneor ex promissione, vt ibi dicunt doctores, maxi. do. Abb. ex promissione enim efficitur votum, & ex voto tenetur, vt ibi. Fateor tamen, quod si bona se facturum deliberate dicat, peccabit forsan nisi ea fecerit. ¶ Vltimò considera, quod ea distinctio, quæ fit hic à doctoribus, per Fel. relatis inter forum cōscientiæ, & forum iudicialem, non aliter potest habere locum, quam ego supra declaraui.

¶ Sextam declarationem ponit hic Felin. vt dicit succi plenam, scilic. quod sponsalia de
121 futuro † nō habent compulsionem ecclesiasticam, & sic in his cessat nostri text. regula. Ita dom. Abb. *in ca. requisiuit. maximè in fi. verbis. dubitatiuè tamen infr. de spons.* vbi, etiam si iuramentum interueniat, non est compellendus: cum coactiones difficiles soleāt exitus habere. Sed con-

Digitized by Google

contra tenere videtur idem Abb. *in ca. sicut ex literis.3.notab. & ibi Innoc. & in c.ex literis.2.eod.tit. & in c.1.de sponf.duorũ, & in c.de illis de sponf.impub.* vbi iura illa sonant : eum sub fidei peccato cõpellendũ. Vt enim est regulare, quod ex conuentionibus licitis teneamur, iure canonico, non possumus negare eandem esse rationem, in fide sponsaliorum obseruanda.

¶ Considera tamen, quod, & si hac attenta ratione, ista declaratio non possit stare, stat alio capite: nam considerata ratione, quod libera debeant esse matrimonia, *vt in cap.cum locum.* Item ꝙ ex inuictis nuptiis peiores exitus sequantur, quã simplex fidei non seruatę peccatum, iudex debet moderata coactione vti. Si enim viderit facilitate sponsum, vel sponsam vacillantem, tunc compellet: At eam, vel eum, summa pertinacia obduratum, nõ compellet, per rationem text. *in d.cap.requisiuit.* vbi, etiam præcedentibus sponsalibus iuratis, dicebat Romanus pontifex, quod monenda est potius, quam cogenda: cum libera debeant esse matrimonia, & coactiones difficiles soleant exitus habere frequenter. Vnde à ratione text. illius idem Abb. ibidem notat, quod etiam præcedentibus sponsalib. voluntariis de futuro, si tamen ad matrimonium metu compellatur, erit nullum: quia metu contractum. quod est dictum semper menti adhibendum, & idem ex illo text. satis probatum. Vbicumque enim libera voluntas requiritur, metus

ipse actum reddit inutilem, *vt in eodem c. cum locum*. sed libera requirũtur matrimonia, etiam sponsalibus præcedentibus, *per c. requisiuit*. Ergo metu contracta, erunt nulla. Hac igitur attenta ratione, non est pręcisa cõpulsio facienda, & ita sentit idem Abb. *in d. c. sicut. in fi. verbis*. Itaq; iudex adhibeat se discretum, asperũ verbis magis, quam re ipsa: nec præcisè pertinaces compellat per text. *in dict. cap. requisiuit*. per quem text. recordor, pulchram puellam satis à me monitam, vt fidem obseruaret, demum renuentem defendisse. Hæc tamen intellige, vbi vterq; contrahens est habilis ad fidei obligationem. Si tamen post septennium sponsalia cõtraxerint, dicendum est, quod defectu ætatis, non sunt compellendi: nisi voluntariè in pubertate id comprobauerint. *per ca. de illis. el 1. de spons. impub.*

¶ Septima declaratio est, quod text. noster habeat locum in pactis nudis simplicibus, secus in pactis nudis respectiuis, vt est in illis
122 quatuor contractibus † innominatis, sc. do vt des, do vt facias, facio vt des, facio vt facias, de quibus latè in l. naturalis, dę præs. ver. ff. in his igitur contractibus, nec naturalis, nec canonica obligatio ex conuentione sola oritur. Ratio, quia non habent æquitatem pręstationis, antequam ex vna parte adimpleatur: ante enim quam ego dem, non est æquum, vt tu præstes: *vt in l. ex placito. C. de rerum per.* ita tenet Bald. *in leg. cum quis. Cod. de iuris & fact. ign. in 9. colum.*

Digitized by Google

colum.idem in leg.siue apud acta.Cod.de transact. vbi dicit, quod iura omnia ciuilia, loquentia de contractibus innominatis, habent locum in foro ecclesiastico: allegat notata *in c.cum inter 1.de elect.su.* Idem tenet Ang.de Aret. *in §.in personam.Inst.de act.in penul.col.* hinc infertur, quod in his contractibus, etiam de iure canonico, habet locum pœnitentia, dum res sit integra, & soluatur interesse, *vt in l.si pecuniam.ff.de con. ob caus.ita tenent hic moderni Sandei in ista septima declaratione:idem tenent Papienses in l.iurisgen.§.sed cum nulla.in prima limitatione.*

¶ Sed isti declarationi, salua conscientia, assidere non possum. & primò probabo, in contractibus innominatis respectiuis, naturalem inesse obligationem, ex quo sequitur, & inesse canonicam. Profectò negare non possumus, in talibus contractibus concurrere duorum consensum, ergo natura æquum erit, seruare id, in quo consenserunt, *vt in leg. 1. ff. eod.* At si dicas consensum esse respectiuum, fateor, nego tamen, quod respectus impediat ortum obligationis, *vt l.1.& 2.Cod.de his quæ sub modo.& ibi gloss. & Paulus de Castro. & in leg. quibus diebus.§.Thermus minor. de conditio. & demonst.* ¶ Item secundò probatur, certum enim est, quod prætor pacta obseruat naturali æquitate, *vt declaratur in l.1.in princ. iuncta. l. iurisg. §.prætor.* Sed in edicto prætoris ita comprehẽduntur nuda, prout vestita, vt apparet *ex l. 1.§. conuentionis.& §.sed cõuentionum.* vbi declaratur,

quid contineatur appellatione pactorum cõuentorum in edicto positorum, & constat, vt ibi, & nuda pacta, & vestita, & nominatos cõtractus, & innominatos comprehendi, ergo in his versatur ęquitas, & obligatio naturalis. Tertiò probatur *ex l. iurisg. in pr. ff. eo.* vbi cõtractus nominati respectiui, & innominati sunt iurisg. ergo naturalis oboritur oblig. quia vbi ꝓctus est iurisgẽtium, inest necessariò obligatio naturalis: *in l. cum amplius. §. is natura. de regul. iur.* ¶ Quartò ego quidem id certum teneo, ipsa natura, & gentium iure, nihil differre inter emptionem, & contractum do vt des, & inter locationem, & contractum do vt facias, quoad naturalem obligationem. Sicut enim contractum emptionis naturaliter est ęquum obseruare, quia in id consensimus. Ita erit æquum obseruare contractum do vt des: quia verum est, in id consensisse. quod satis clara ratione probatur, nam in his contractib. naturalis inest obligatio, ratione generis, scilicet quia sunt conuentiones, & omnis licita conuentio, & fides est seruanda. Sed isti contractus in genere conformant, & si in specie differant, *vt in leg. naturalis. §. & si quidem. & §. At cum do. ff. de praes. verbis.* ergo non differunt, quo ad naturalem obligationem. quod latius ostendi in l. iurisgentium. in princ. Vides, igitur, quod in contractibus nominatis respectiuis, & vltro citroque obligatoriis, ante adimplementum, oritur naturalis obligatio,
quod

Digitized by Google

quod omnes doctores fatentur. Eadem ergo ratione orietur naturalis in contractibus innominatis: quia nomen nihil efficit, quo ad ius naturale, sed ipse consensus, qui æquè in vtrisque subest. ¶ Quintò hoc constat *ex contextura legis iurisgentium. vsque ad §. quinimo.* vbi Vlpianus in princ. docet, aliquas conuentiones parere actiones, alias exceptiones: actiones parere scilicet conuentiones nominatas, vel etiam innominatas, dum habeāt causam, id est, ex vna parte adimplementum, vt est, si do, vt facias, vel si facio vt des: nam factū, vel datio ipsa est causa. Vnde dicit tex. *in §. sed cum nulla.* quòd si nulla causa, id est, adimplementū subest, non pōt constitui ciuilis obligatio, igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Nuditas ergo adimplementi, nō impedit ortum exceptionis. Erunt itaque istæ conuentiones de his, quæ pariunt exceptiones, de quibus dixerat in principio tex. Qui tamen aliter Vlpianum intelligunt, verba, & sensum, & ordinem eius cōuertunt, vt fuit Bartolo. Socinus *in rubr. de verborum obli.* qui dicebat. §. igitur. posse intelligi, vt ad superiora non referatur: cùm tamen ex superioribus inferat, non congruè dicitur, ad ea non referri. Nam illa illatio est habita relatione ad principium text. vbi dicebatur, alias parere actiones, alias exceptiones. At ista non parit actionem, igitur pariet exceptionem. Hæc est vera Vlpiani intentio, ex qua sequitur natura-

Communis opinio.

 lem

lem in his subesse obligationem: aliàs enim à prætore non subueniretur exceptione: præsertim auctore Bart. & cæteris, qui omnẽ exceptionem dicunt à naturali æquitate cõflari, *vt in l. qui æquitate. de doli excep. ff.* ¶ Sextò probo à ratione, & fundamento: nam ratio, quare de iure ciuili tales conuentiones non sunt efficaces, est, quia in solo nomine conuentionis resident: cùm enim sint specialiter incognitæ de iure ciuili, non habẽt actionem, nisi sint vestitæ, *vt in l. iurisgentium. in princ. & in l. solent. de præs. ver. & l. si dominus. eodem tit.* vbi pacta sunt innominata, quia in nomine tantùm pacti resident, & nisi vestiãtur, non habẽt actionem: sed de iure canonico omnia pacta, etiam nuda, & vestita, vniuersali ratione seruantur, nec habet locum ratio iuris ciuilis, *per text nostrum.* ergo habebunt actiones, ex quo etiam confirmatur, naturalem in his inesse obligationem, quod Bart. fatetur *in l. si pecuniam. 3. col. in fi. de cond. ob caus. ff.* ¶ Non obstant arg. in contra adducta. Primò dicit Bal. q̃ isti contractus sunt conditionales, sed hoc falsum esse credo: sunt enim respectiui, ergo non sunt ob hoc ipsum cõditionales: quia respectus, vel modus à conditione, quo ad ortum obligationis maximè differunt, *vt in d. l. quibus diebus. §. Thermus minor. sup. all.* Sed si quisquã diceret, ante adimplementum non oritur obligatio, *vt in l. iurisgentium. §. & ideo.* ergo adimplementũ nõ se habet vt modus, cùm modus non impediat ortum.

Obiectio.

Digitized by Google

tum. Responde cũ distinctione: aut enim consideramus obligationem ciuilem, ad cuius ortum adimplementum consideramus, vt conditionem. Cùm enim sit pactũ nudum, & sine causa, antequam cõuentio vestiatur, non obligor: & ita loquitur lex, iurisgentium. §. & ideo. Aut consideramus ipsam conuentionẽ, & conuentio non est per modum cõditionis, sed per modum respectus, vel modi, *vt per totam l. naturalis. ff. de praes. ver. & Bar. ibi. in prin. & in l. si intra. ff. isto titul. & in l. cum mota. in prin. Cod. de transact.* Cùm igitur conuentio sit modalis, vt Bar. declarat, sequitur, non impediri naturalem, nec canonicã obligationem. ¶ Non obstat scdò, quod subtiliter possim retorqueri. Si enim cõtractus habet modũ, ergo est conditio ad modũ: quia mod⁹ est moderatio quaedam, dispositioni adiecta, in tempus dispositionis perfectae, vt latè Bar*t. in d. §. Thermus min.* Ergo si tu sub modo mihi aliquid promittis, antequam ego ad modum tenear, vt id tu facias, necesse erit. Respõdeo, ꝙ quando in modum ab vtroq; consensum est, maximè respectiuè, & vltro citrò, non est per viam moderationis ad rẽ perfecta. Ab vtroq; enim dicitur obligatio vltro citro, *vt in d. l. naturalis. & Bar. ibi in prin.* ¶ Non obstat dicere, quòd potest poeniteri re integra, *vt in l si pecuniã. in prin ff. de con. ob caus.* ergo probatur ñralem nõ esse, quia vbi naturalis subest, non habet locũ repetitio, *vt latè per totum. de condict. indeb. ff. in l. si non sortem. §.*

Modus quid.

liber-

libertus. & in l. naturaliter. & l. si id quod eod. ti. &c.
¶ Respondeo ex sensu Bar. *in l si pecuniam. 3. colum. in fi. sup. alleg.* vbi dicit, quòd etiam si naturaliter sim obligatus, repetere possum: quia cùm sim obligatus respectiuè, scilicet vt eas Capuam, ad istud tuum ire nullo iure sum obligatus, *vt in l. qui pecuniam. si certum petat.* si ergo ex pœnitentia tollitur, ne eas Capuam, vel ne contractum adimpleas, ex parte vna tollitur obligatio naturalis, qua tenebar tibi soluere, & non ex parte mea. Pœnitet ergo, non eius, ad quod sum obligatus naturaliter, quia non potest eius pœnitere. Sed pœnitet me de eo, quod per aduersam partem erat faciendum. Hæc est Bar. sentētia, quæ communiter tenetur. sed mihi non satisfacit in totum: nam pœnitentia non videtur referri, nisi ad factū proprium, & præteritum, vt tenent Theologi. Est enim propriorum & prǫteritorum. Nec videtur congruus sermo, vt me pœniteat, ne eas Romam, præsertim, quòd secundū hoc, eadē versatur ratio, in contractib. nominatis respectiuis: pœnitere enim possum, ne mihi pretium numeres, quia ad numerandum ego, qui vendo, nō teneor. Sed est falsum, vt in his habeat locum pœnitentia, *vt in l. fina. de condict. ob caus.* ergo falsum erit, quòd ad hoc reducatur pœnitentia: quapropter ego aliter considerabam, & fateamur naturalem obligationem, tamen non negabimus repetitionem, cuius causa est, quia contractus sunt respectiui. Naturalis

Communis opinio.

Pœnitētia est non nisi propriorum & præteritorū.

Digitized by Google

turalis enim obligatio ſimplex impedit repetitionem, ſed quando eſt deſtinata ad cauſam aliquam, & illa ceſſat, tunc habet locum repetitio, nec impedit eam naturalis obligatio. Ita loquitur totus titulus de condict. ob cauſ. At ſi opponas, quòd emptio eſt reſpectiua. Item locatio, ſocietas, & his ſimilia, & tamen in his non habet locum repetitio, ergo etiam obligatio reſpectiua impedit repetitionem. Diſtingue, quòd obligatio ciuilis reſpectiua bene impedit repetitionem: ideo enim pretium emens, vel rem venditam vendens repetere non poteſt, quia eſt obligatus ciuiliter vterq;, *vt in l. inciuile. Cod. de rei vend.* ſecus eſt in obligatione naturali reſpectiua, quia illa non eſt ſufficiens ad impediendam repetitionem, & ita habet locum materia noſtra. Nec id dicas, ꝙ ea ratione, quòd ſint contractus innominati, poſſit habere locum repetitio: nam etiam in innominatis falſum eſt, habere locum repetitionem: vt puta, ſi pacto nudo promiſi tibi centum, quæ ſolui, quippe repetere non poſſum: ratio eſt, quia illa centum naturaliter debebam ex ſimplici promiſſione, *vt in l. etiam. de compen. & in d. l. naturaliter. & in l. ſi id quod.* Facit quod notatur *in l. ſi cum fundum. in gloſſ. 1. ff. de pactis.* vbi dicitur, quòd in pacto nudo nõ reſpectiuo non habet locum pœnitentia: ratio, q̃a à naturali obligatione impeditur. Dicendum ergo, quòd ideo habet locum repetitio, quia cauſa non eſt ſecuta, nec obligatio naturalis reſpe-

respectiua, respectu non existente, impedire potest. Et ideo in cõtractibus nominatis non habet locum repetitio, quia eam impedit obligatio ciuilis, *vt in l. sicut. de obl. & act.* Hæc satis congruunt menti ipsius Bart. *in l. sicut. de oblig. & act. C. & in d. l. si pecuniam. 3. colum. in solutione ad dictam legem sicut.*

¶ Sed aliquantulũ subtilius perpendas, Bar. enim ibi, in eo in quo bene sentit, videtur in aliquo malè aduertisse, cùm dicat, in vtraque lege, quòd prædicta lex. sicut. habet locum in contractibus nominatis, secus in contractib. innominatis. Nam ex superioribus patet, eam legem in vtrisque contractibus locum habere. cùm enim illa lex dicit, quòd post contractam obligationem obligatũ non potest pœnitere. Hoc verũ erit, tam in nominatis, quàm etiam in innominatis: quia pœnitentia in innominatis permittitur adimplenti, & nõ obligato: obligatus autẽ resilire non potest, ergo illa lex in his cõtractib. locũ habebit. Cogita.

¶ Non obstat text. quẽ adducit Bald. *in l. 1. §. item emptio. de rer. permut.* vbi permutatio ex re tradita initium obligationi præbet, ergo ante non est orta obligatio nr̃alis. Sed vt referunt Moder. Senen. Io. de Monte. Spe. respõdebat, ꝙ lex illa loquitur de ciuili, quia in potiori significato debemus eam intelligere. Præterea, si de naturali loqueretur, non bene doceret Iureconsultus, differentiã essentialẽ inter cõtractus, qui consensu contrahuntur, & alios: cùm

cùm verum sit, ꝙ ex consensu in omnibus naturalis nascatur obligatio : in naturali enim obligatione nulla est differentia, *vt notatur in l.1.in fi.ff.de pactis.* Socinus dicebat, ꝙ à potiori significato rem ipsam intelligentes, debemus asserere de naturali & ciuili iunctim Iureconsultum loquutum, *vt notatur Insti.de obli.in prin.* ¶ Ego verò puto, nec Baldum rectè probare, nec do. Ioan. bene respondere : nec do. Socinum bene replicare, & considero, ꝙ mens illius legis est, ostẽdere differentiam inter contractus, qui consensu contrahuntur, & ipsam permutationẽ, quę talis est, quòd contractus, qui consensu contrahuntur, statim habẽt obligationem & esse, dum sit verum, eos cõsensisse. Sed cùm permutatio habeat esse, & nomen ab ipsa executione, antequam tradatur res ipsa, non incipit permutatio, & dum est tradita, nascitur actio ex permutatione. Permutatio autem initium obligationi præbet, scilicet naturali & ciuili, ante traditionem enim nec est permutatio naturalis, nec ciuilis. Ideo nec naturali obligationi potuit initium præbere, nec ciuili: & ita intelligitur text. ille. Tamen ex illo text. non sequitur, quòd si sit conuentum de permutando, ex tali conuentione non nascatur naturalis obligatio, *vt in l. ex placito. C.de rerum permut.* Verum enim est, ꝙ ex pacto de permutando, non oritur obligatio naturalis ex permutatione, quia nõ est verum, esse permutatum. & ita loquitur ille tex. tamen

Digitized by Google

tamen falsum est, quòd ex placito de permutando non sit orta ipsius placiti naturalis obligatio, & ita fatetur Bartolus *in l. naturalis. §. sed si facio. quasi ad finem. ff. de praes. verbis.* vbi dicit, quòd non potest negari ab initio ortam naturalem, quae rei interuentu confirmatur. Itaq; malè ponderat Baldus, qui aliud non considerat, & malè, & idem dom. Io. qui de naturali text. illum verificari negabat. Fatendum tamen est, quòd in ciuili constituuntur differentiae. Item bene dicebat dom. Socinus, sed nõ vtitur bona ratione: nec bene negat: nam prout vides, permutatio ex re tradita praebet initium obligationi ciuili & naturali: sed ex hoc non sequitur, quòd si à sola conuentione incipiunt partes, ex ea non sit orta obligatio naturalis. Vnde in isto casu non est inconueniens, quòd sint duae obligationes naturales, vt declarat Bald. *in l. cum quis. Cod. de iuris & fact. ignoran.* dum loquitur in naturali obligatione, quae ex literarum obligatione oritur. ¶ Praeterea, quòd appellatione obligationis, veniat ciuilis & naturalis, nõ iure probatur: imo ego in iure ciuili ciuilem venire satis clarè ostendi *in l. si vnus. §. pactus. supra, eodem. & probatur ibidem. & in l. iurisgentium. §. sed cum nulla. & in §. igitur nuda. & in §. si seruus. Instit. de inutil. stipul. iuncta l. naturaliter. de cond. indeb. & in §. pupillus. Institut. de inutil. stipul. iuncta l. 1. ff. de noua. & in l. nec seruus. de pecul. in l. in personam. ff. de regul. iuris.* vbi dicitur, quòd in personam seruilem nulla cadit obligatio.

Obligationis appellatione quid veniat.

Digitized by Google

gatio. & tamen cadit naturalis. ¶ Itē respon. ad l.iurisgen. in §.sed & si, vbi ponderant verbum, *& hinc nasci ciuilem obligationem.* similis est in l.nr̄alis.§. & si quidem. ff. de præs.ver. Ergo antea erat orta naturalis. Sed Socinus dicit, ꝙ nascitur ciuilis, scilicet actio, vel ciuilis, scilicet naturalis à iure ciuili approbata. ¶ Profectò mihi, nec ponderatio, nec responsio placet:& notandum, ꝙ tex.ille loquitur, quando conuētio incœpit ab executione. Vnde si dedi vt dares, quo momento oritur ciuilis cōtra te, de qua ibi fit verbū, ipso eodem oritur naturalis, nec ante oriri potuit: quia ante fuit nihil. Præterea non valet consequentia, tunc oritur ciuilis, ergo antea erat orta naturalis: quia eodem pūcto oriri possunt. ¶ Dicere autem, ꝙ loquitur de actione, & non de obligatione, nihil est, & glossa melius loquitur, & si Socinus ea vtatur. Nec id teneo, quòd naturalis approbata producat actionem, sed ciuilis, cùm ipsa sine naturali producat, de quo *in l.si vnus.§.pactus.& in l.iurisgen.§.& ideo.sup.isto tit. in 2.parte.* Constat igitur ex superioribus, ꝙ in contractibus innominatis, ante adimplementum, potest nasci obligatio naturalis:& ita tenebam in disputatione, quam per totā Italiam peregi. At dum Romæ assistentibus pluribus Cardinalibus, & dominis de Rota, totaq; curia publicè responderem, quidam doctor Romanus, q scholas regebat, hanc cōclusionem affirmatiuam negatiuè retulit. Ego, cùm eam

Digitized by Google

referret, & si non conturbatus conscientia, tamen satis dubitans numerum & columnam (columnis enim & numero diuiseram cōclusiones) ab eo quæsiui. At ipse renuens, & iterum interpellatus adijciens columnam & numerum, addita rursus negatiua cōclusionem legebat. Petens verò ab eo conclusiones, & vera fide legens, omnibusq; legendas ostendēs inquio. Si quid sapis bone doctor, sat tibi fuisset, certam quasi habuisse victoriam ab eo qui mille & quingentas conclusiones, & vltra tibi eligendas concessit, nisi falsas præsupponendo, cōturbasses eam. Ego quidem, & tibi, & semper inuictus permansi, & ipse verecundè ab assistentibus silere iussus obticuit. Hæc intermedia, quia in hoc ipso euenerunt, retuli, & vt fidelis, & simplex sit disputator. ¶ Primò infertur ex superioribus, singulariter ꝑfectò, quòd de iure canonico ante adimplementū, oritur actio. ¶ Item ex hoc itidē satis subtiliter elicitur, quòd contractus literarum ante numerationem, habet obligationem de iure canonico: quamuis de iure ciuili, nostra singulari opinione, id negauerim, vt videbis *in l. si vnus. §. pactus.* Ratio est, quia consensus & obligatio naturalis non possunt negari, ergo concedetur iuris canonici actio, per textum nostrum. ¶ Item infertur, quòd id, quod notatur *in l. si pecuniam. in prin. sup. alleg.* quòd iuramentum confirmat contractum innominatum, intelligitur de iure ciuili: de iure tamen

Singulare.

cano-

canonico, cùm sit validus, non habet locum talis confirmatio. ¶ Præterea infertur, quòd de iure canonico in contractibus † innominatis non habet locum pœnitentia: si enim ea ratione habet locum de iure ciuili pœnitentia: quia quem pœnitet, non est obligatus, & ob id pœnitere potest. Ergo cùm de iure canonico vterque ex sola conuentione sit obligatus, amplius pœnitere non poterit. Facit text. *in cle. cum illusio. cum notatis. de renun.* vbi variatio regulariter est prohibita. Facit regula. mutare, & regul. quod semel. de reg. iur. & pulcher, & singularis tex. *in c. de illis. il secondo. de sponsa. impu. infr. in fin. verbis.* Nec dicas ibi matrimonium subesse, quia vnus non facit matrimonium, *vt Inst. de patr. potest. §. 1.* ¶ Sed contra istam cõclusionem videtur tenere Bal. *in l. siue apud acta. 2. col. C. de transact. & Ange. in §. in personam. sup. alleg.* vbi dicunt, quòd omnia iura, loquẽtia de contractib. innominatis, habẽt locũ de iure canonico. ¶ Vnde infertur, ꝙ lex, si pecuniam. de condi. ob cau. ff. habet locũ de iure canonico, & ita inferũt hîc Moderni in 7. declaratione. Demum do. Alex. *in d. l. si pecuniam. 5. col. post medium.* & ipsi Moderni hîc dicunt, quòd aut aduersarius est paratus adimplere pro sua parte, & non licet pœnitere: aut nõ vult adimplere, & possum pœnitere, & ita datur bona cõcordia inter ius canonicum, & ciuile. Hęc ita tradunt dom. Alex. ibi & Felinus hîc, qui subijciunt, ꝙ si ego non sum paratus adimplere ex

123

Singulare.

Matrimoniũ non facit vnus.

 parte

parte mea, non possum agere, & aduersarius meus potest recedere, & pœnitere: nec in hoc casu, ex nudo pacto agi potest, etiam de canonico iure.

¶ Sed ego aliqualiter in his dubito: nam si vera est ratio, quam ponit Bartol. & cæteri sequuntur *in d. l. si pecuniam. & in d. l. sicut. C. de obli. & actio.* quod ideo in contractibus nominatis nõ licet pœnitere, quia partes sunt obligatæ: & vbicunq; quis est obligatus, parte alia non consentiente, retrocedere non potest, *per leg. sicut. & per l. in commodato. §. sicut ff. commo.* At in contractib. innominatis, ideo licet retrocedere: quia quem pœnitet, non est obligatus, *vt in d. l. si pecuniam.* Igitur eadem versatur ratio in omnibus cõuentionibus, scd̃m ius canonicum, quæ versatur in contractib. nominatis, scd̃m ius ciuile. Nam in omnib. conuentionib. oritur obligatio. Item ea ratio, quare scd̃m ius ciuile, licet pœnitere in cõtractib. innominatis, cessat in iure canonico: quia vnusquisq; est obligatus, ergo nullus contrahentiũ pœnitere potest. Nescio ergo, quo iure vel modo detur ista concordia, inter ius ciuile, & canonicum. ¶ Præterea, cùm dicunt, ꝙ lex si pecuniam. habet locũ de iure canonico, & ꝙ si ego sum paratus adimplere, aufero aduersario ius pœnitendi, pugnantia videntur docere: quia lex si pecuniam. permittit pœnitentiam, non solùm aduersario parato, sed etiam postquam ego adimpleui. Vnde desideriũ volẽtis adimplere,

plere non impedit pœnitentiam, si res est integra. Nam antequam tu adimpleas, cùm ego nõ sim obligatus, pœnitere possum per illam legem. Ergo cùm de iure canonico, ante adimplementum, sim obligatus, illa lex locum non habebit. ¶ Item cùm dicunt, ꝙ nolens adimplere, nõ potest agere de iure canonico, dic ꝙ potest agere: quia habet actionẽ, sed repellitur ope exceptionis, *vt notatur in l. Iulianus. §. offerri. de act. empt.* Sed dictum suum intellige, ꝙ non potest agere, s. quo ad effectum, *vt in §. omnis. Inst. de verb. obl.* In his cogita. ¶ Octaua declaratio est ex sententia Bal. *hic in pen. col.* quòd fideiussor ex pacto † nudo de iure canonico 124
non obligatur, nisi interuenit stipulatio *per l. blanditus. C. de fideiuss. & per l. 5. §. satis acceptio. ff. de verborum oblig.* Cùm enim de substantia fideiussionis sit, vt fiat stipulatione, nec in hoc reperiatur correctum, idem dicendum est de iure canonico. Nec obstat tex. noster, quia loquitur, & debet intelligi in illis, qui suo nomine agunt. Felinus tantũ subijcit, quòd nostri tex. ratio videtur eadem in casu fideiussionis, maximè per text. in c. qualiter. ȷ̃. eod. demum tamen videtur hanc declarationem cõfirmare. ¶ Etiam de ista declaratione dubito, & lege, & ratione: nam si quæras rationem, quare ad essentiã fideiussionis requiritur stipulatio, nulla est alia, nisi quia pacto efficaciter nõ causatur obligatio. Pacta enim nõ sunt roborata de iure ciuili, adeo, ꝙ producãt ius efficax ad agen-

 dum,

Digitized by Google

dum, proinde, si pro alio velles promittere, & intercedere, necesse est, quòd stipulatione id efficias: quam rationem apertè colliges ex intentione tex. *in l. blanditus.* Hæc tamen ratio cessat de iure canonico, quo iure ex simplici promissione quilibet obligatur: ergo nõ erit necessaria stipulatio ad intercedendum efficaciter. ¶ Item probatur *ex c. ex rescripto. de iureiuran. & ex c. pen. de fideiussoribus.* vbi monachi, si pro alio promittũt, ex tali promissione obligantur. Sed sic est, ꝙ monachus vinculo stipulationis ciuili non astringitur, quia nõ dicitur, maximè legi ciuili subesse, *vt in c. duæ. 19. q. 2. & in cap. licet. de voto.* ℣. ergo stipulatio ad talem obligationem non est necessaria.

¶ Non obstat ratio Bal. quòd in isto casu lex ciuilis non sit correcta, nam verũ est, non esse correctam: falsum tamen, quòd & si pacto nudo possit fideiuberi, ob id corrigatur ius ciuile. Imo, quod iure ciuili prætermissum est, s. vt ex pacto quis efficaciter fideiuberet, id à iure canonicó suppletur, vt dixi latè in princ. huius repetitionis, vt in principali & prima quæstione. ¶ Ex hoc primò inferri posset, ꝙ non est verum, vt fideiussor ad pias causas iure singulari teneatur ex pacto nudo, secundũ ius canonicum, & si hoc possit esse verum de iure ciuili, *per text. in l. fina. C. ad Velleia.* & ita intelligas dictum Ludo. Roma. *in authen. similiter. 6. colum. C. ad l. Falc. in versic. quartum.* ¶ Secundò infero, ꝙ id, quod vulgo dicitur, si in scriptura ver-

Digitized by Google

ra verbum,*promisit*,apponatur,intelligitur solenni stipulatione promissum,*vt l.Titia.* §.*idem responsum.ff.de verb.oblig. & in* §.*si scriptum. Insti.de inut.stip.*non vendicat sibi locum in iure canonico, quo iure, si in scriptura verb.*promisisse*, ponatur, non est necesse, vt stipulatione promissum intelligatur. Sed hanc illationem tenebis ex vulgi opinione.apud me verò plus valet vera ratio,ex qua dubitaui, an verbũ, *promisisse*, in scriptura appositũ, etiam de iure ciuili probet necessariò stipulationem, de quo vide latam disputationẽ in l.1. super glo. eo.ti. ¶Tertiò infero,ꝙ etiã si in scriptura verb.*fideiussisse*,apponatur,nõ censentur omnia solenniter acta, id est, stipulatione. Vnde declara tex.*in l.sciendum.ff.de verb.obliga.*quòd inquantũ illa solẽnitas refertur ad stipulationem, de iure canonico,cùm non sit intrinseca,nõ pręsumetur.In his cogita, quia noua sunt, & menti adhibẽda. ¶Nona & vltima declaratio,quòd

125 pactum nudũ sine†causa non producit actionem,de iure canonico.ita Bal.*in l.de diuisione.in fi.C.fam.ercis.& in l.petens.ad fin. C.de pactis.* Moderni Papiens.*in l.iurisgent.in* §.*sed cùm nulla. in 2.col.in fi.* & Moderni canonistæ *hic in vlt. verbis*, qui tali fundamento vtuntur. Nam idem valet pactũ de iure canonico, qđ stipulatio de iure ciuili. Sed stipulatio de iure ciuili sine causa, est inefficax : ergo & pactũ de iure canonico.Maior probatur ex text.nostro,minor *ex l.2.*§.*circa.de dol.excep.*ex quib.cõsequentia patet.

Digitized by Google

¶ Sed tu dic, quòd cōſequentia, quam ipſi faciunt, non eſt bona, quia bene ſequitur, quòd pactum nō producat actionem in effectu efficacem, tamen quòd non producat actionem, non ſequitur. Imo ſequitur, quòd producat, quia ſtipulatio producit, *vt in eadem l. 2. §. circa. & ibi glo.* Sed eliditur exceptione oppoſita, & ita elidetur pactū. Sed forſan, ſi argutius rem ipſam conſideres, videbis non eſſe, & ſtipulationis, & pacti eandem rationem. Imo, quòd ſtipulatio producit actionem, ſed pactum nō producit: quia dū ſine cauſa promittitur, non ineſt æquitas, quæ eſt fundamentum obligationis naturalis, *vt l. Stichum. §. naturales. de ſol. ff.* & per conſequens iuris canonici, *vt in noſtro c.* at in ipſa ſtipulatione, quæ rigore iuris ciuilis regitur, defectus æquitatis nō impedit ortum obligationis, *vt in l. 1. ff. de doli excep.* quod ex inferioribus clarius colliges. ¶ Vt igitur in hoc melius, quàm alibi veritatē habeas, ita diſtinguas, aut pactum eſt nudum à verbis, & hoc nihil impedit de iure canonum: quia nulla eſt impedimenti ratio: imo fundamentum, & ratio iuris canonici ſubeſt, etiam ſi conuentio non habeat ſtipulationem, *vt in tex. noſtro.* Aut pactum eſt nudum à cauſa, & in hoc conſidera duplicem cauſam: aut enim eſt cauſa, quod accipitur pro veſtimento, *vt in §. ſed cum nulla.* & tunc oritur obligatio naturalis & canonica. Exempli cauſa, ego promiſi tibi permutare togam pro tunica: quippe iſta promiſſio eſt nuda

Digitized by Google

nuda à causa, scilic. adimplementi, quia si dedi iam togam, ex hoc vestitur promissio, & dicitur causa ad conuentionem, vt des tunicam, & si non dedi, est pactum nudum & sine causa, *vt in l. iurisgentium. §. sed & si. & §. & ideo. & §. sed cum nulla.* Defectus ergo adimplementi nō impedit ortum obligationis naturalis, nec canonicæ, quia licita est conuentio, & ęquum est seruare promissa. Nudum ergo pactum, à tali causa, producet actionem. Alia est nuditas causæ, ex qua aliquid promittitur: vt puta, promisi tibi dare centum sine causa: nec enim ista promisi ex causa mutui, quia non intellexi, quod deberem ea mutuare: nec promisi causa donationis, quia non intendebam donare: Itaq; fuit quædam promissio, nec ex aliqua causa, vel ad aliquam destinata. Talis igitur ꝓmissio est inanis, & vana; & hoc est, quod talis promissio de iure canonico non obligat, *vt in c. si cautio. de fide instru.* Ratio, quia non subest æquitas ad talem conuentionem, *vt apparet in d. l. 2. §. circa.* & ob hoc negat debitum, *text. in cap. si cautio.* Si ex aliqua causa non fuerit promissum. Idem apparet *in l. cum de indebito. §. fin. ff. de probat.* In isto igitur casu verum erit, quod promissio, vel pactum nudum non obligat, nec parit actionē de iure canonico: At idem videtur de iure ciuili per text. *in l. cum de indebito.* nisi diceres, quod ibi ope exceptionis nō est debitum. ¶ Quid tamen si habeat causam præsumptam, vt puta, quia scienter sine causa

Digitized by Google

promittit, ſine cauſa, ſcilicet expreſſa? tunc enim præſumitur cauſa donationis, in l. Campanus. de op. lib. ff. dicebat Bal. quod non oritur actio, quia duo ſunt ſpecialia, ſcilic. quod ex pacto nudo agatur, & quod fingatur cauſa. Sed Felinus dicit, quod non ſunt duo ſpecialia, quia de iure canonico eſt regulare, vt pactum producat actionem, & ius canonicum non curat de veſtimentis pactorum, Vide hic per eum. ¶ Sed dicas, quod nec ſunt duo ſpecialia, vt Bal. credit, nec vnum. vt Felinus, nec pactum eſt ſine cauſa, etiam ſecundum ius ciuile: imo eſt veſtitum cauſa donationis. Quod non ſit ſpeciale, ſecundum regulam canonis, patet ex cap. noſtro. Item etiam ſecundum regulas iuris ciuilis patet: quia donatio hodie eſt contractus nominatus, vt oſtendi *in l. iuriſgentium. in prin. per §. perficiuntur. Inſtit. de dona. & §. fin leg. ſi quis argentum. C. eodem. vide ibi.* ¶ Item donationis cauſa nõ fingitur, ſed potius præſumitur : & quod præſumatur, dum ſcienter indebitum promittitur: hoc eſt regulare: prout dum ignoranter promittitur eſt regulare, vt non præſumatur, *vt in d. l. Campanus.* ergo non eſt hoc ſpeciale. Dixi latius *in §. pactus ne peteret. leg. ſi vnus. ſup. eod. tit.* Item ſi præſumitur cauſa donationis, malè proponitur pactum eſſe nudum à cauſa. Eo maximè, quod etiam ſi hæ duæ ſpecialitates forent, non ſunt ob hoc incompatibiles, quia circa diuerſa, & quia nõ habent materiam reſtringibilem. ſ. vt pactum habe-

Digitized by Google

habeat efficaciam. Cogita & vide, vbi clarius loquor. ¶ Decima sit declaratio, quam adde declarationibus Felini, quod regula nostri tex. non habeat locum, dum pactum nudum † metu, vel dolo est contractum. Ita decla- 126
rant moderni Papienses, *in l. iurisgentium. §. sed cum nulla in 3. limit.* Fundantur: quia vbicunque pactum nudum de iure ciuili producit actionem, si dolo vel metu fiat, non valet ipso iure, *in l. si mulier. §. si dos. ff. quod metus causa*, quem ita ibidem intelligit Bartol. Quanto ergo magis non debet valere de iure canonico, cuius maior est æquitas, *vt in c. dilecti. de iudi. & in c. sæpe. de resti spol.* Hoc patet alio argumento, quia contractus, qui contra dispositionem iuris ciuilis firmantur iuramento, si metu vel dolo fiant, non firmantur, nec valent, *vt in c. cum contingat. j. de iureiur. in c. licet mulieres. eo. tit. lib. 6. & in cap. quamuis pactum. isto tit. lib. 6.* Hęc sunt verba moderni Ticinensis. ¶ Quippe ego ab eius conclusione non dissentio, sed in ei⁹ fundamentis aliter sentio. Et primũ præsuppositũ non probant. s. ꝙ vbicunq; pactum nudum de iure ciuili producit actionẽ, si dolo fiat, sit nullum. ¶ Ego enim hac ratione dubito, de ista cõclusione: quia contractus, qui non sunt bonæ fidei, sunt stricti iuris, *vt in §. actionum. Insti. de act. cum notatis.* Sed pacta talia non constat vniuersaliter esse bonæ fidei, vt ibi. Ergo stricti iuris erunt: ex quo sequitur valere ea, etiam si dolo vel metu fiant, *vt in l. eleganter in princ. ff. de dolo. leg. 1.*

leg. 1. de doli except. ff. ¶ Præterea in his pactis à lege confirmatis datur actio præſ. ver. quia non datur condictio ex lege, vt tenet Bartol. *in l. 1. fin. col. ad finem de cond. ex leg. ff.* datur igitur præſ. ver. *per legem. 1. & 2. & 3. ff. de præſ. ver.* & eſt de mente Bartol. *in d. l. 1.* At actio præſ. ver. eſt bonæ fidei, ſolum pro permutatione, vel pro æſtimato, *vt in d. §. actionum.* Imo etiam ſi detur condictio ex lege, erit ſtricti iuris, quia non probatur bonæ fidei, *vt in d. §. actionum.* Item ad hoc bene facit iuriſconſulti ſententia *in d. leg. 1. de doli excepton.* vbi docet, quod ideo propoſuit pretor exceptionem doli, ne cui dolus malus, per occaſionem iuris ciuilis, contra naturalem æquitatem obeſſet. Sed occaſio iuris ciuilis & in his poteſt habere locum, ergo habebit locum exceptio. Cogita. ¶ Non obſtat certè *lex ſi mulier. §. ſi dos.* vbi promiſſio dotis, metu facta, eſt nulla: dicit ibi Bar. quod ideo eſt nulla, quia pactum nudum dotis à lege confirmatur: vnde infert, quod ſi ſtipulatione fuiſſet promiſſum, mero iure valeret promiſſio. Sed de iſto intellectu aliqualiter videtur dubitandum, quia ibi non cōſtat, quod pactum eſſet nudum: potuit enim promiſſionem fuiſſe factam ſtipulatione: maximè, quod iure C. eſt introductum, vt pacto fieri poſſit, *vt in l. ad exactionem. C. de dotis promiſ.* & video ſæpe eundem Paulum Iurecōſultum promiſſionem, dotis ſtipulatione intelligentem; *vt in l. promittendo. ff. de iure dotium.* vbi promitten-

mittendo dotem omnes, cuiuscunque sint sexus, obligantur. & subiicit: quod si nuptiæ nõ sint secutæ, non potest agi ex stipulatu. Ergo cum loquitur de dotis promissione, intelligit de stipulatione. *Idem in l. Iulian. & in l. stipulationem. cum lege sequenti. eod. tit.* ¶ Quæ ergo erit ratio, quare ibi promissio dotis est nulla? Ego quidem dicerem, ex dotis natura hoc euenire: cum enim dotis causa sola æquitate, & bonitate iurisgentium consistat, non subiicitur huic rigori iuris ciuilis. vt apparet ex mente iureconsulti *in l. has obligationes. de cap. dim.* Ratio, quia si contractus consistunt æquitate, & bonitate iurisgentium, huic æquitati & bonitati est contrarius dolus, & metus, *vt in l. bona fides. ff. depositi. in l. 3. ff. pro socio.* Nam si contractus dotis consistit ex æquo & bono, ea quæ metu fiunt, æquitate consistere non possunt: Imo, eadem æquitate resoluuntur, *vt in d. l. 1. de doli except. & patet in edicto pactorum in l. iurisgentium. §. prætor.* Ea est ergo ratio, quare ibi dotis promissio sit nulla. Item considera secundum hoc, quod ille text. debet intelligi in pacto: quia si de stipulatione loqueretur, stipulatio etiam dotis erat stricti iuris, *vt in leg. 1. §. sed & si non ignoramus. C. de rei vxor. actione. & in §. fuerat. Instit. de act.* Hodie autem, cum stipulatio dotis sit bonæ fidei, *vt in d. §. fuerat. & in l. 1. §. sed & si.* dicendum est, quod lex illa ita potest verificari in stipulatione, prout in pacto, & ex ista causa credo à cõpilatoribus ibi esse insertum.

Vnde

Vnde ſtipulatio dotis, metu vel dolo facta erit ipſo iure nulla: & ſi Bart. ibi cõtrarium ſentiat. Sed eius ſentẽtiam teneas, ſecundum antiquam interpretationem, quæ hodie non tenetur, *vt in d. §. fuerat.* ¶ Item nec ſecundo arg. bene vtitur do. Iaſ. Nam dicit, ꝙ ex æquitate iuris canonici, contractus iuramento meticuloſo, vel dolo factus, non confirmatur: Imo id de iure canonico dubitatur, *vt in d. c. cum cõtingat. cum ſimilibus*: vbi plures Dd. tenent, ꝙ valet mero iure, & quod argumentum à contrario ſenſu non valet, *vt in c. à nobis. de ſen. ex.* at de iure ciuili nulla eſt dubitatio, quia habemus legẽ expreſſam *in auth. ſacramenta. C. ſi aduer. ven.* vbi dicitur tale iuramentum nullius eſſe momẽti: ergo argumentum nihil cõcludit, præſertim, ꝙ iure canonico dicitur, mero iure iuramentum valere, *vt in c. ſi vero. de iureiur.* Ergo ęquitas vniuerſalis iuris canonici non efficit, vt pacta, quę metu fiunt, ſunt nulla. ¶ Quid dicendum? ego bene crederem, quod vbicunque pacta à iure ciuili confirmantur, æquitate & bonitate naturali, ſi dolo fiant, ſunt nulla, & idem ſi metu: vt puta, in actione iniuriarum: nam pactum remiſſorium eſt cõfirmatum à prætore, æquitate & bonitate, *vt in l. non ſolum. §. 1. ff. de iniur.* Item pactum de dote, ob rem ipſam ſubiectam, *vt in d. l. ſi mulier. § ſi dos. iuncta l. has obligationes. ſu. al.* Item bonorũ poſſeſſio inuito ipſo iure nõ quæritur, *vt in l. 3. §. inuito. ff. de bon. poſ.* & finaliter in omnibus obligationib. prætoriis,

vt in

vt in l.iurisgent.§.prætor. Ratio horum est clara: quia cũ constent æquitate ipsa naturali, quam prætor pro fundamento habet, quæ metu fiunt, vel dolo, constare non possunt. Imo prætor eadem æquitate resoluit omnia, dolo vel metu facta: ne contra eam valeant, *vt in d.leg.1. de doli except. & in l.1.ff.de dolo. & in leg.1.quod metus causa.* Si vero pactum nõ constat, tali æquitate gentium esse confirmatum: vt puta *in leg. frumenti.Cod.de vsur.* vbi frumenti vsuræ ex nudo pacto debentur, in quo constabit non versari æquitatem iurisgentium specialem: vel saltem non constat subesse æquitatem, vt illius text. fundamentum: tunc si dolo vel metu fiat, valebit mero iure. Vbicunque enim non adfuerit ratio illius l.si mulier.§. si dos. cessabit eius dispositio.

¶ Ex hoc bene sequitur, quod de iure cano. omnia pacta metu vel dolo facta erunt nulla: qa omnia pacta, cõsiderata æquitate naturali, obseruãtur, vt per tex.nostrum. Sed ꝯ hoc obstat totus tit. ĵ. quod met. causa, vbi mero iure valent, quamuis exceptione elidãtur. Nisi dicas, ꝗ hic pacta nuda confirmantur ipsa ęquitate naturali: alia aũt pacta vestita habent suas confirmationes ciuiles, à iure cano. approbatas, & secundum regulas ciuiles proceditur de iure cano. Dicam de his quandoq;, quia multa iacent in obscuro. ¶ Post has decẽ declarationes canonico iuri traditas, opportunè quæremus, an iuris ciuil. institutum, quo pacta nuda Obst.

actio-

Digitized by Google

actionem non pariunt, habeat aliquas declarationes? & quidem plures traduntur. Prima
127 est, quod in curia † mercatorum, & vbicunq; proceditur de æquo & bono, ex pacto nudo ius ministratur. Hæc est sententia gl. & Bart. *in l. quintus. per illum text. ff. mandati. idem videtur tenere in l. si fideiussor. in §. quadam. eod. titu. per illum text. Bald. & Sal. in l. si pro ea. C. mandati. Bald. in l. 2. C. de constit. pec.* Facit quod tenet Bal. *in cap. si pro debilitate. de offic. deleg.* quod bona fides exquiritur in his, qui plurimùm negociantur, & ideo quoad eos, non differt pactum ab stipulatione; & ita tenet Bal. in c. nostro. Hæc sunt, quæ sæpe à modernis referuntur, vt videbis Papienses *in §. sed cum nulla. & alios moder. in Rubr. de verb. obl.* ¶ In his verò distinctius videtur docendum. Aut enim in curia mercatorum est assuetum, procedi ex æquo & bono, omissa legum solennitate, & tunc argumento concluditur necessario, quod pactum nudum à verbis sit validũ, quia æquitate valet, *vt in c. nostro. & in l. 1. ff. eo.* Aut alias ꝓceditur æquitate secũdũ ius ciuile, & non facta segregatione ab ea, & tunc pactum nudum à verbis, non valet ad actionem, sed ad exceptionem: nisi sit aliàs vestitum. hoc probatur *ex tota l. iurisgentium. & ex l. 1. ff. eod.* vbi constat prætorem æquitate pacta seruare, *vt in l. 1. in princ.* & tamen idem prętor tantum dat exceptionem ex pactis, & non actionem, *vt in l. iurisgentium. in princ. & in §. Sed cum nulla.* ita ergo dicẽdum videtur, vbicunq; æqui-

Digitized by Google

æquitate proceditur, dũ non diſceditur à iure ciuili. Hinc videtur dicendum, quod arbiter, cui cõmittitur ſententiandum ſecundũ æquitatẽ, debeat ſententiare ſecundũ æquitatem, à prætore interpretatam: dum inter laicos, de reb. profanis, agitur, & niſi alia obſtarent, quã ea, quæ à Dd. adduntur, hoc facile ſuſtineretur. ¶ Non obſtat primò lex quintus. quem adducit Bar. imo intentum non probat: vbi ſi fideiuſſor, parcens pudori ſuo, ſoluerit vſuras, quas recuſare volebat principalis debitor: nihilominus tenebitur debitor ei ſatisfacere. Gloſſa interpretatur, quod pudori pepercit, ſoluendo. ſ. vſuras pacto nudo promiſſas, & ex hac interpretatione Bar. & cæteri eliciunt ſuperiora. ¶ Sed iſta interpretatio dura mihi videtur. Nam intelligimus, quod principalis vſuras promiſit pacto nudo, & ſecundũ intentionem iuriſconſultorum, naturaliter ſunt debitæ, *vt l. quis. C. de vſu. & in leg. ſi non ſortem. in princ. ff. de condict. indeb.* ergo accedere poteſt fideiuſſor. *vt in leg. 1. ff. eo. & Inſtit. eod. §. 1.* ergo fideiuſſor ille naturaliter & ciuiliter debebat: vnde caſus non poteſt adaptari. Aut intelligimus, quod fideiuſſor pacto eas promiſit. & tunc non eſt fideiuſſio: quia ad eſſentiam eius requiritur ſtipulatio, *vt in leg. 5. §. ſatis acceptio. ff. de verborum oblig. & in l. ſciendum. ff. eo.* ideo caſus non poteſt adaptari, cum text. eum appellet fideiuſſorem in his verbis. Quintus Mutius Scæuola ait, ſi quis ſub vſuris creditam pecuni-

 cuni-

Digitized by Google

cuniam fideiussisset, &c. præsertim quod dici posset, quod si pacto ego repromitto vsuras, quas tu promisisti, erit cõstitutum, quod bene habet locũ super naturali obligatione tantum, dum non interuenit stipulatio, *vt in l. 1. §. debitum. ff. de consti. pec. & in §. de constituta. Inst. de act.* quod vltimum non asseueranter affirmo. ¶ Dic ergo, quod ille tex. aliter debet exponi. Idem & clarius in *l. si fideiussor. § quadam.* vbi Iureconsultus alio, & diuersę rationis vtitur exemplo. nam ęquitas, quæ versatur in pactis, secundũ ius ciuile, non parit actionem, nec necessitate actionis stringit, etiam in contractib. bonæ fidei, quæ sola æquitate, & bona fide cõsistunt, *vt in l. iurisg. §. idem respõsum. ff. eo.* Cum ergo in d. l. quintus. de iure ciuili sit disputatio, æquitas pacti nudi nõ videtur, quod id debeat operari. & ita forsan poteris defendere Romanum, qui hanc sententiam tenebat, *in l. filiusfamil. in pr. ff. de don.* ¶ Sed intensius rem ipsam exordiendo, Bar. sententia erit vera, alio tamen fundamento: nam nõ possumus negare, quod ex pacto nudo de canonico iure ministratur iustitia, *vt in ca. nostro,* quæ quidẽ iustitia, apud omnes Christianos, æqualiter obseruari debet: quia omnes sunt Petro, & successorib. subiecti. Vnde canones, super conseruatione animæ disponentes, omnes ligant, etiam reges, & Imperatores, *vt in c. 1. de const. in c. nouit. de iudicijs.* facit tex. pulcherrimus *in extrauag. Bonifacij octaui de maio. & obed.* vbi concluditur, ex fide nostra necessariò esse cre-

credendum, omnem humanam creaturam, & etiam Imp. Rom. põtifici ſubeſſe. Igitur ex iure canonico, omnes habem⁹ ius ex pactis. Vnde ſi cauſa verſatur inter mercatores, hac iuſtitia erit determinandum, quę non ſolum eſt canonica, ſed etiam diuina, naturalis, & gentium. At ſi quis opponat de lege ciuili. Reſpõdetur, ꝙ lex ciuilis pacta omiſit: itaq; ſunt pręter legem ciuilem, *vt notatur in l. legitima. in fine gl. & in l. iuriſgen. §. ſi paciſcar. in gl. fin. ff. eo.* ergo de his, quæ ſunt præter, nõ rectè opponitur, maximè, quod in concernentibus peccatũ iuſtitia canonica præfertur, vt fatetur Bart. *in l. priuil. C. de ſacroſ. eccl.* Canoniſtę, maximè Abb. *in c. 1. de nou. op. nun. Io. de Imo. in rep. c. cũ contingat. 3. col. de iureiur.* de his ſ. dixi. ¶ Ex hoc primo infero, quod ſi pars ipſa confiteatur, & iuret ſe pacto promiſiſſe, ex hoc cõdemnatur: ratio eſt, quia ſubeſt obligatio canonica, quæ valet in foro canonico, & in foro ſeculari. In foro canonico, quia tale præceptum eſt traditum, ad euitandum peccatum: In foro ſeculari, quia in his canones debent obſeruari, vt fatetur Bartol. *in leg. priuilegia.* & expreſſè Ioann. de Imol. & maximè hæc conſtant ex rationibus, quas adduxi ſuper textualibus. Vnde male determinat Bald. *in leg. fin. ſecunda col. C. de fideicom.* vbi dicit, partem pactum confitentem abſoluendam, quod manifeſtè eſt falſum in foro eccleſiaſtico, ét inter laicos, & elicit eſſe falſum in foro ſeculari, & ratione ſuperiori. Si. n. iudex

Pontifici Roman. omnes ſubſunt.

Digitized by Google

ecclesiasticus condemnat per leges ciuiles, quare secularis non condemnabit per leges canonicas: maximè in his, in quorum obseruatione euitatur peccatum? Nec dom. Innocen. hanc Bald. sententiam tenet *in c. 1. quod metus causa.* & si Bald. vbi supra & moderni Papiens. *in §. sed cum nulla in prin.* eius auctoritate nitantur. ¶ Secundò infero, quod si causa committatur, de veritate & iustitia cognoscenda, ex pacto fieret condemnatio. cõstat enim iustitia canonica & necessaria: item & diuina, & naturalis, per supradicta. Nec obstat Bal. contraria sentẽtia *in l. nemo. in vlt. not. C. de sent.* & inter. do. Ias. vbi s. fundant se, per illum tex. quia vbi veritatis & iustitiæ cognitio est, ibi leges obseruantur, vt videtur innuere Imperat. At pacta secundum leges non obseruantur, ergo &c. ¶ Respõde, & distinguo de iustitia: aut loquimur de iustitia in genere, & quidem pacta obseruari debent: probatur, quia ius naturale, & gentium, & diuinum dictauit pacta esse obseruanda, *vt in leg. 1. ff. de pactis. in cap. iuramenti. 26. quæstio. 2.* at ius naturale & diuinum proximius est ipsi iustitiæ, & est pars principalis eius, *vt in leg. 1. de iusti. & iure. ff.* ergo secundum iustitiam obseruantur. Aut nos loquimur secũdum iustitiam legum, & tunc etiam distinguendum est, nam consideratis legib. quibus pacta remanent sine actione, nõ habent quidem iustitiã legalem, sed cõsiderato, ꝙ à lege canonica datur ius agẽdum, & hoc ad euitandum

dum peccatum: item considerato, ꝙ lege Iustiniani canones, qui disponunt in materia peccati, debeant obseruari, *vt in d.l.priuilegia.& in auth.quomodo oporteat episcopos.in pr.* dicendum est, quod ex talibus pactis, etiam in foro seculari, ministrabitur ius, & verè quidem fiet iustitia, eo maximè, quod in negligentiam iustitię ciuilis succedit iustitia ecclesiastica, *vt in dicta extraua.de maio.& obe.vide* s̃. ¶ Secunda declaratio est, ꝙ dato, ꝙ secundum leges ciuiles non habeamus ius agendi, tñ habemus † viam 128
denunciationis de iure canonico, de qua Inno. *in c.nouit de iudicijs.Bar. in extrau. ad reprimenda.in verbo denunciationem.do.Ant.& Ioa.de Imol.in c.quæ in ecclesiarum de const.Alex.in d.§.Sed cũ nulla in vlt.col.* quam declarationem mod.Pap.ibidẽ intelligunt, etiã in foro ciuili: itaq; in foro ciuili habeat locum via denunciationis de qua in c.nouit, vt si mihi sis naturaliter obligatus, monitione præcedẽte secundũ euangelicam doctrinã, possit compelli à iudice etiã seculari. ¶ Ego ignoro quo iure fundantur prædicti moderni, quia tã fundamentum, q̃ etiam processus prędictę denunciationis videtur habere rationem iurisdictionis tantum ecclesiasticæ: nã fundatur super peccato: dicebat namq; saluator noster (si peccauerit in te frater tuꝰ) & ita exponit tex.in c.nouit. Cognoscere autẽ de peccato, & id illa via denunciationis euitare, est iurisdictionis ecclesiasticę, *vt in d.c.nouit.ibi, Sed discernere de peccato cuius ad nos pertinet*

sine dubitatione censura. ¶ Item probatur:nã post secundam monitionem adhibitis duobus testibus, dicitur ecclesiæ esse denunciandum, nihil ergo de iudice seculari, & ita intelligit Bartol. *in d. extrauag. in medio prima colu. in verbo denunciationem.* ibi. est & alia denunciatio priuata,quæ locũ habet in foro ecclesiastico, inducta per legẽ euangelicam,&c.Itẽ probatur per ꝓcessum & sentẽtiam huius denunciationis:quia probata denunciatione, & eius causa denunciatio præcipitur sub pœna excõmunicationis, vt exeat de peccato, & per censuras ecclesiasticas compellitur,vt in d.ca.nouit. & declarat Bart.in eadem gl. in fin. verbis, & ita intelligit do.Innoc.& Alex.vbi s.

¶ At si dicas me mihi contrarium, cum cõcesserim actionem canonicam posse habere locum in foro ecclesiastico.Respõdeo, quod diuersa videtur ratio: nam actio est ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur, quod potest cõpetere in vtroq; foro: modus tamen denunciationis videtur proprius ipsius fori ecclesiastici, vt supra dixi. Vel si forsan tenere velis, quod possit habere locum in foro seculari, Iudex secularis procedere deberet suis pœnis quia non posset procedere pœnis ecclesiasticis. Sed ego hoc non affirmo. ¶ Ter-
129 tia declaratio est, quod ex lato iudicis † officio,etiam in foro seculari, ex pacto nudo ministratur iustitia:ita dicit do. Ant.*in c. qua in ecclesiarum. de constit.* quod infert ex dicto Innoc. & com-

& Compos.ibidem, nam etiam si non habeat actionem, tamen habet naturalem obligationem, quæ quidem, prout olim ante ius ciuile, manu regia habebat executionem: ita hodie debet habere saltem latum iudicis officium. Sed dominus Ioan. de Imo. tenet contrarium: nam attentis terminis iuris ciuilis, magistratus non potest præstare ius ex pacto, nisi ad exceptionem, prout videmus quod prętor non præstat. Id tamen fatetur in principe, qui nisi iustitiam ministraret, peccaret. Moderni Papienses dicunt do. Alexand. reprehendere Ioa. de Imol. & tenere cum dom. Ant. & ideo etiam ipsi tenent cum domino Antonio. ¶ Sed fundamentum domini Alexandri concludit contra do. Anto. quia dicit, quod de iure gentium pacta nuda non habebant executionem, quia habent pacta vestita: Ergo nec manus regia, nec latum iudicis officium habet locum, in conuentionibus nudis. itaque dom. Alexander nec tenet cum dom. Anton. nec cum Ioa. de Imol. etiam si Imolam videatur, & dicat se approbare: profectò inordinatè est formis impressus. ¶ Quoad primum igitur, an competat latum iudicis officium? certè attentis opinionibus doctorum, & principiis antiqui iuris ciuilis, Ioannes de Imol. habet bonum fundamentum: magistratus enim nostri temporis eodem modo procedere debent, prout prætores, *vt Bartol. in l. 2. ff. de bonor. possession. & patet in leg. quod si Ephesi. ff. de eo quod*

certo loco. Si igitur pacta nuda, & eorum æquitas exceptione tantùm à prętore seruatur, eodem modo ab ipso iudice. Sed attenta hodierna & canonica veritate, quam etiam idem Imola & cæteri nouisse debuerant, ego nescio, quare negabitur latum officium: cum etiam ex stricto compellere possit. Ius enim canonicum in foro etiam seculari debet obseruari, in nostra materia, vt idem Imola necessaria ratione fatetur, *in rep. capituli cum contingat. 3. colu. de iureiuran.* de quo supra satis disputaui.

¶ Quo ad secundum, an manus regia anti-
130 quitus ex nuda conuentione iustitiam † ministraret, sunt aliqui qui negant, vt Socinus *in Rubrica de verbor. obligat.* hac præsertim ratione. quod actio successit in locum manus regiæ, *vt in l. 2. in princ. & in §. deinde. de orig. iur.* Item do. Alexan. vtitur fundamento ex lege iurisgentium in princ. Iure gentium erant nudæ conuentiones & vestitæ, vestimenta ergo pactorum & vestitorum efficacia habuerunt ortum à iuregentium. ¶His tamen non obstantibus, in contrariam opinionem declinor: quia cum ratio naturalis pacta etiam nuda obseruare dictat. *vt in l. 1. in princ. ff. eod.* credendum est, principes hanc iustitiam obseruasse: Ius enim naturale à iustitia non discrepat: Imo magis habet de iustitia quam ciuile, quod ab eo descendit. Quod satis probatur ex proximitate & stabilitate, *vt in §. sed naturalia. Instit. de iure natur.*

Ius naturale à Iustitia nō discrepat.

Item

Digitized by Google

Item comprobatur ex iure canonico, quod ſemper veram iuſtitiam imitatur, *vt in c. vt noſtrum. vt eccleſiaſtica benefi. & in c. fin. 9. diſtinct.* At ſi diceres, quòd iure ciuili principes aliter cõſtat obſeruaſſe: nam videmus feciſſe differentiam inter pacta nuda, & veſtita, vt in fforum libris, & in conſtitutionibus imperij *in d. l. iuriſgentium. & in l. in bonæ fidei. & in l. legem. & in l. petens. C. de pactis. cum ſimilibus.* Reſpondeo, & fateor, quia negare non poſſum, poſt leges ciuiles principes pacta nuda omiſiſſe. Sed ante ius ciuile principes ex his nõ miniſtraſſe iuſtitiam, negandũ credo: quia dũ probari contrariũ non poteſt, credendum eſt, eos id feciſſe, quod media iuſtitia facere debuiſſent, *vt in c. eſtote miſericordes. de regul. iuris. infra.* & in principe maximè ſemper ratio & iuſtitia præſumitur, *vt in cap. cum noſtris. de conceſſ. præbend.* præſumendum ergo eſt, ipſos ex pactis nudis iuſtitiam miniſtraſſe. Ex quo ſequitur iniuſtum fore principem, qui à partibus interpellatus, ex pactis iuſtitiam negaret, & ita defendes Inno. & Compoſ. *in dicto c. qui in eccleſiarum.* ¶ Non obſtat quod dicitur, actionem ſucceſſiſſe in locum manus regiæ. hoc enim iure neceſſario non probatur, nã lex 2. nihil probat, niſi quòd ante ius ciuile, populi manu regia regebãtur, & ego bene credo, quòd vbi datur aliqua actio, dabatur manus regia, ſed plures ſunt actiones inuentæ poſt ex caſib. nouiter emergentibus, & ita etiam credo aliquando manu

In Principe ſemper ratio præſumitur.

Digitized by Google

regia prouisum in casu, quo lege ciuili nō habemus actionem. ¶ Non obstat l. iurisgentiū. nam fateor iure gentium erant cōuentiones, nudæ à nomine, & vestitæ nomine, tamen, q̃ eodem iure fieret differentia obseruationis, nec probabitur, nec est verum: cùm ipsa naturalis ratio nō facit differentiam. Ita enim conuenit obseruare cōuentionem de permutando, prout conuentionem locationis & venditionis, &c. ¶ Lex autem iurisgentium, cùm ex aliquibus dicat actiones oriri, ex aliquib. exceptiones, loquitur in effectu iuris ciuilis, nā actio & exceptio à iure ciuili sunt introductę, *vt in dicta l. 2. §. deinde.* vnde dom. Alexand. non recte intelligit legem, iurisgentium. nec Moderni Papienses, dum eum approbare videntur. ¶ Hinc infertur dubitatio, an in contra-
131 ctibus innominatis † respectiuis, ante adimplementum, manus regia ministraret? Socin. *in dicta rubric. de verborum oblig.* tenet quòd non: quia antequam adimpleatur ex parte mea, nō subest naturalis æquitas: imo naturali æquitate expellor, *vt in l. qui fidem. ff. de transact. in l. ædiles. in fine. ff. de ædil. edict. cum glossa.* ¶ Tu dic, quòd ante adimplementum subest æquitas conuentionis obseruandæ: probatur, quia est conuentio, *in l. 1. ff. de pactis.* Nec obstat, quòd sit innominata, vel quòd sit respectiua, quia nec respectus impedit ortum obligationis, & per consequens æquitatis, ex qua obligatio oritur, *vt in l. 1. & 2. de his quæ sub modo. & in l. Stichum.*

Digitized by Google

chum. §. naturales. de sol. nec nomen efficit aliquid quo ad ius naturæ. ¶ Non obſtat lex, *qui fidem. C. de tranſact.* ille enim tex. non probat, q̄ non ſit æquitas: imo probat ineſſe ęquitatem: loquitur enim in ſtipulatione, ex qua agens ante adimplemētum, repellitur exceptione: actio ergo, & obligatio ciuilis ex cōuentione ciuili erat orta: igitur eodem modo naturalis, inquantum ſtipulatio eſt cōuentio: at inquantum eſt conuentio, non differt à pacto nudo: ergo prout in ſtipulatione, ſuper contractu innominato & reſpectiuo, probatur æquitas, & obligatio naturalis ante adimplementum: eodem modo in pacto, quia quo ad naturalia non differunt. Idem probatur *in l. ædiles. in fine. & in l. Iulianus. §. offerri.* vbi etiam ſi effectualiter obſtante exceptione agi nō poſſit, tamen fatendum eſt, naturalem obligationem & ciuilē ortam: quia ab initio in emptione ex ſolo conſenſu oritur actio: imo, cùm ſit cōtractus naturalis, *vt l. 1. in fin. ff. de contrah. emptio.* ciuilis eſt ex comprobatione, *vt notatur in l. ex hoc iure. ff. de iuſt. & iur. & in §. omnium. Inſt. de oblig.* ergo ſi actionē præſupponimus ortā ex ciuili, neceſſariò præſupponimus naturalē approbatam, in hoc maximè caſu ortā fuiſſe. ¶ Sed ad quæſtionis reſolutionē diſtinguendū credo: aut enim manū regiam intelligimus pro iure & ratione petendi eam, & non poteſt negari, ex ipſa conuentione ortam ſtatim talē rationem, vt ſ. Aut manum regiam interpretamur pro iure

iure exequendi, quod in ipso actu cõsistit, quę interpretatio magis mihi consonat: manum enim regiam eius iussum & mandatum credo interpretandam, quod satis sentit Iurecõsultus *in d.l.2. in princ.ibi.* omniaq; manu à regibus gubernabantur, & tunc dicendũ est, manum regiam non habere locum ante adimplementum: quia in contractibus respectiuis etiã nominatis nõ habet locum executio ante adimplementum, *vt in l.Iulianus.§.offerri.& in d.l.ediles.& in l.qui fidem.sup.alleg.* ¶ Id tamen volo, vt notes, quòd princeps duplici de capite pec-

Manus Regia quid.

132 caret † mortaliter, si non exhiberet ex pacto iustitiam. Primum caput est, non quia pacta debent obseruari iure gentium: nam gentes non sunt superiores, vt declaraui *in l.1.sup.eod.* Sed quia iure naturæ sunt obseruanda: at naturæ subest, & ob hoc obligatur ad ea seruanda, & eodem modo ad faciendum obseruari. Sicut enim rex se ipsum, ita & alios regere debet, *vt in c.duo sunt genera.12.q.2.* vnde peccaret, si ius naturale seruare non faceret, *vt in c.fin.de consue.* ¶ Item & alio capite, quia ius canonicum id præcipit, ex cuius pręcepto & ipse obligatur, & est necesse, vt in subditos id obseruet: *vt in c.licet mulieres.de foro competen. libro 6.in sua ratione.*

¶ Quarta declaratio est, quòd pactũ nudum

133 † geminatũ producit de iure ciuili actionem: Hæc est sentẽtia communis, & magna caterua doctorum hãc tenet, vt hîc per modernos.

Communis opinio.

¶ Prin-

Digitized by Google

¶ Principalius & primò fundatur per tex. *in §. de constituta, Insti. de ac. iuncta l. 1. in §. debitum. ff. de constituta pecunia.* Vbi pactum geminatum, & bina obligatio naturalis est sufficiens ad producendam actionem. ¶ Secundò per text. *in l. fin. C. ad legem Falcidiam.* quem ad hoc Bald. & Angel. notarunt. ¶ Tertiò, quia confessio extraiudicialis est pactum, *vt in l. tale pactum. in princ. ff. de pactis.* & tamen si fuerit geminatum, valet, & si non valeret, dum esset simplex, vt tenet Bart. *in l. cum seruus. in fine. C. de agri. & cens. libro 11. & dom. Abb. in c. si cautio. de fide instrum. cum pluribus sequacibus.* Item adduci possunt plura, quæ resiliunt ex actu geminato, quę non operatur actus simplex, &c. ¶ Pro contraria parte adducunt Moderni Papienses *in §. sed cum nulla.* & dicunt se ponderasse tex. *in l. si pacto quo pœnam. C. de pactis. & in l. si veritas. de fideic.* ¶ Ego in hoc considero, quòd inspectis terminis iuris ciuilis, quo pactum pro actore non valet, nec valebit geminatum. Nam si ego promitto vt des, istud pactum non parit actionem, nec, si rursus promisero, valebit, quia semper nudum: ea enim nuditas, quę est in primo pacto, est in secundo. ¶ Præterea vt pactum pariat actionem necesse est, vt à lege confirmetur, *vt in l. legitima. ff. eodem.* Sed tale pactum non reperitur confirmatum, ergo nec pariet actionem. Præterea formabo rationem satis coloratam: finge, quòd ego promisi dare tibi tunicam, vt mihi des togã, deinde ad duos dies

dedi

dedi tunicam: quippe hîc est pactum geminatum: de primo constat expressè, & etiam de secũdo, si expressi: si verò tacui, est tacitum re ipsa, *vt in l. Labeo. ff. de pactis.* & quia censetur repetitum, *vt in l. item quia. §. idem Iuliano. eodem tit.* ergo duas habemus actiones, prima, quia pactum vestitur causa, *vt in l. iurisgentium. §. sed & si. in l. 1. ff. de rerum permu.* Alia, quia pactum est geminatum, ex quo sequitur, quòd ex secundo pacto etiam orietur actio, quod vtrunque est falsum, *vt in d. l. 1. §. item emptio. sup. al.* non enim inuenitur nisi vna actio, quę dicitur nasci à prima cõuentione, *vt in l. ex placito. vbi notatur C. de rerum permu.* ergo, &c. At si diceres nõ esse has conuentiones, quia prima est promissio, secunda promissionis executio. Respondeo, quòd non loquor de promissione mea, sed de tua: ideo enim promisi vt dares, & ideo dedi. Ergo vt dares bis est conuentũ. Sed non nascitur nisi ex vno capite actio, *vt in l. iurisgentium. §. sed & si.* imo erat summa dubitatio, an etiam vna sola oriretur: nullam enim oriri dicebat Iulianus, qui fuit reprehensus à Mauritio, & ab Aristone. bene facit *lex 3. §. nunc de effectu. de li. leg.* vbi liberatio legata debetur ab hærede naturaliter, & ciuiliter, & tamen falsum est, quòd pacto possit resolui prima obligatio: at si geminata naturalis obligatio actionem pareret, etiam eam tolleret, *vt in l. legitima. ff. de pactis.* Ergo cùm non tollat, non parit: nec ego possum percipere, quo modo duæ

natura-

Digitized by Google

naturales possint parere actionem, cùm ea à ciuili nascatur, & ciuilem præsupponat, ad qđ bene facit *lex, pacto quo pœnam.* vbi quod pacto semel promissum est, est necesse stipulatione promitti, vt efficaciter debeatur. ¶ Non obstarent argu. pro cõmuni opi. adducta. Primò negandum est, probari ex §. de constituta, qa constituti actio non habet vim à ratione pacti geminati: patet, quia pro alio possum constituere, *vt in eod. §. de constituta.* & tunc ego non feci pactum geminatum: præterea constitutum est contractus nominatus, vt Bar. *in l. legitima. ff. de pactis.* & ego ibi satis probaui. & ita in alio proposito dicebat hic do. Alex. vnde non est idem ius, nec ratio. Nam in constituto est substantiale, vt fiat relatio ad prius debitum, *vt in dicto §. debitum. & ibi Barto.* vnde in secundo pacto fieret relatio ad primum idem promittendo, ego fateor, quòd secundum sit efficax, quia constitutum, non quia pactum nudum geminatum. Nam si est constitutum, negatur pactum esse nudum, vide quæ dixi in l. legitima. ¶ Non obstat *lex final. C. ad legem Falcid.* ad quam legem recordor singularem intellectum dedisse, cùm legerem legem 1. ff. de cond. inde. quòd ibi, quod detrahitur per leg. Falcid. erat debitum naturaliter, & ciuiliter l. 12. tabularum, quia omnia bona legare permissum erat, *vt Inst. ad l. Falcid in princ. & in l. 1. in princip ff. eodem.* Nec obstabat lex Falcidia, quia cùm omnia restituerẽ, nulla detracta Falcidia, volui

volui ſequi voluntatem teſtantis: nec volui vti lege Falcidia, quę non habet locum, me nolente, quod ſatis videtur conſtare *per legem regula. § . ſi quis ius ignorans. in fine. ff. de iuris & fact. ig.* & ita intellige l. 1. C. ad l. Falcid. quem intellectum nunc tetigi, ſed aliàs defenſabo. Quo etiam falſo, nihil probat lex illa, quia de cautione loquitur, quam intelligimus ſtipulationē, *vt in l. ſancimus. C. de verborum ſig. in l. in omnibus. ff. de iudicijs.* ¶ Non obſtat quod adducitur de cōfeſſione: nam etſi ſit confeſſio quædā conuentio, & geminata valeat, non valet argu. à particulari ad vniuerſalia, *vt in c. in Geneſi. de electio. ſup.* niſi probetur ideo valere confeſſionem, quia eſt pactum: at ex hoc nō probatur. ¶ Item non obſtat ratio geminati cuiuſque, nam non ſemper eſt verum, quòd geminata aliquid operentur, ſed aliquando: quia quandoque videmus, quòd per ſe non ſufficientia, nec coniuncta efficiunt id, ad quod per ſe non ſufficiunt, *vt in l. ſpadonem. in § . qui iura de excuſationibus.* ita ergo & in propoſito noſtro, quandoq; aliquid operatur, ſed nō ſemper, vt ĩ. oſtendam. Vel forſan reſponderi poteſt, confitendo ꝙ geminatū pactū plus operatur quàm ſimplex: quia geminatū geminatam parit naturalem obligationem, quam ſimplex non parit. ¶ Sed reſolutiuè ego ita diſtinguerem: aut enim pactum eſt deſtinatum ad aliquem contractum, vt puta, pactum de permutãdo, vel pactum de mutuando, & tunc nō eſt mihi proba-

argumentū à Particulari ad vniuerſalia non valet.

Digitized by Google

probatum, quo iure valeat etiam geminatũ, nisi secundũ se referret ad primum: quia tunc non vt pactum, sed vt constitutum valet, *vt in d.l.1. §. debitum. & in l. quidam. de consti.pe.ff.* Aut pactum est nudum, nulla adiecta causa, exempli gratia: promitto tibi decem, & nihil vltra est expressum, & tunc si talis promissio est geminata, & ex aliquo interuallo, ego crederem parere actionem: ratio, quia præsumenda est donatio, nec credenda est ignorãtia in tali geminatione. Ad quod bene facit ratio cõfessionis geminatæ, de qua s. & facit ratio tex. *in l. si mulier. C. ad Vellei.* Cùm igitur non præsumatur ignoranter indebitũ ꝓmisisse, si scienter promisit, sequitur prȩsumi donationẽ, *vt in l. Campanus. de op. li.* at si est prȩsumpta donatio, habebit locũ lex, si quis argentũ. C. de dona. & tunc etiã erit contractus nominatus, scd̃m opinionem, quam tenui in l. legitima. s. eo. Nec opponas de duobus specialibus, quia est inepta oppositio, vt sup. pluries vidisti. Hinc punges Bar. *in l. eleganter. § seruus pactionis. in fina. verbis. ff. de dolo.* vbi dicit, ꝙ pactum nudum factum ex pura causa donationis nõ valet, & ꝙ ita intelliguntur iura loquentia, ꝙ ex pacto nudo non oriatur actio. Bartol. loquitur certè expresse contra l. si quis argentum. Ideo credo voluit sentire, quòd promissio simpliciter facta, in qua est præsumptio donationis, non valeat: ratio, quia pactum est nudum, nec habet locum lex, si quis argentum. quia hîc essent duo

 specia-

ſpecialia, vt ipſe tenet *in l. iuriſgentium. §. quinimo. in vlt. col.* Sed vtrumque falſum, vt ibi videbis. Cogita in his, quia conie&ctuatè procedimus. ¶ Alia declaratio eſt, quando in pacto nudo deducitur id, ad quod quis tenebatur ex diſpoſitione legis. Ita videtur tenere gloſſ. *in l. legitima ſup. iſto tit.* & ibi Bart. Angel. & Moder. Sed ego dubitaui ibidem de iſta declaratione, maximè per legem 3. §. nunc de effectu. de lib. leg. vide ibi. ¶ Sexta ſit declaratio, quòd
134 quando ex promiſſione † ſimplici quis incurreret damnum, tunc etiam ex pacto nudo teneretur. Ita notat Bartol. *ex tex. in l. eleganter. §. ſeruus pactionis. ff. de dolo. Bald. idem ibi & in l. cum mota. C. de tranſact. 3. col. Alex. in* §. *ſed cum nulla. & alibi pluries vt poteris videre Modernos Papienſes in* §. *ſed cum nulla. in 8. limit.* ¶ Sed hanc declarationem aliter declarare liceret: nam fundamentum, ex quo doctores mouentur, aliter ſe habet: ibi enim datur de dolo actio, quia eſt contractus, facio vt facias, & interuenit dolus ceſſantis facere. Nam expromiſerat quis pro ſeruo vt ipſe libertatem conſequeretur, hac adiecta pactione, vt talem obligationem poſt manumiſſionem ſeruus in ſe trãsferret: poſtea ſeruus liber factus noluit in ſe transferri. Ecce, quod feci pro ſeruo, id eſt, me obligaui, vt ipſe poſtea in ſe transferret obligationem: ſed ille noluit, ideo pactũ eſt efficax, quia habet cauſam, *vt in l. naturalis. §. at cum. do. verſ. ſed ſi dedi. & in l. iuriſgentium. §. ſed & ſi. in l. ſi venditione.*
ff. de

ff. de peri. & commo. rei vend. & Bartol. in l. petens. in vlt. col. C. de pactis. At aut competit præſ. ver. actio, aut de dolo, *vt in l. ſolent. de praeſ. ver. & in d. verſi. ſed & ſi dedi.* de dolo competit, ſi dolus arguatur: præſcriptis verbis actio competit, ſi dolus non arguatur, vt ibidem conſtat: ſed hîc hîc arguitur dolus, quia dum factum eſt irrepetibile, vel irrecuperabile, præſumitur dolus, & de dolo datur, *vt in l. cum proponas. Cod. de dolo.* Ergo dabitur hic de dolo actio, quia irrecuperabile eſt: nam patrono promiſi pro te, & ideo, quia ei ſum obligatus, hanc obligationem reſoluere non poſſum: ſecus ſi tibi promiſiſſem. Hæc eſt igitur vera ratio illius legis, quã ſatis amplè defendes, & intelliges ex his, quæ ſcripſi *in l. iuriſgentium. §. & ideo. in prin.* Nota igitur caſum ibi ſingularem, in quo etiã in contractu facio vt facias, oritur actio de dolo, vbicunq; is, qui fecit factum recuperare non poteſt: tunc enim arguitur dolus, prout etiam dicimus in cõtractu, do vt des, *vt in d. l. cum proponas.* hæc eſt vera illius text. ratio. ¶ Quoad concluſionem tamen credendum eſt, ꝙ ſi ex promiſſione mea tibi obuenit damnũ, teneor ex dolo ad damnũ, per æquitatem & rationem edicti de dolo. Non tamen probatur ex hoc, actionem oriri ex pacto, nec ad promiſſa ius agendi competere, *vt in l. ſi pecuniam. ff. de condictione ob cauſam. in principio.* vbi, ſi ex promiſſione mea tu aliquid expendiſti, ad expenſas teneor: re integra tamen pœnitere poſſum. Singulare.

Aut igitur pactum est vestitum causa, & tunc orietur actio: aut non vestitur, & tenebitur ad damnum, non autem ad promissa, secundum terminos iuris ciuilis, & ita intellige dictum Vincen. nostri Hispani. in procœ. decre. quem referunt plures, *vt hic per Modernos in vltimis verbis, de Catelano qui varijs promissionibus detinet viatores, &c.* Cogita, quia hęc videntur habere iuris ciuilis rationem, etsi doctores aliter intelligant. ¶ Septima declaratio est, quòd etiam si pactum nudum de iure ciuili non producat actionem, tamen si pactum nudum ponatur
135 in † instrumento, vulgo guarentigio appellato, tale pactum vestietur literis, id est, instrumento. Ita dicebat Bal. *in l. 2. in fi. de exe. rei iudi. idem Bald. in l. 3. §. si pupillus. ff. de neg gest. idem tenet in l. ex placito. C. de rer. permu.* Refert do. Alex. *in l. bonæ fidei. in vlt. col. C. de pact.* fundamentũ præcipuum pro ista parte est: quia quando pactum à lege fomentatur, producit actionem, *vt in l. legitima. ff. de pactis.* cùm ergo ab statuto fomentetur, producit actionem. Vi. do. Ias. latè *in l. legitima. 1. notabili.* & breuiter ego ita distinguerem, aut statutum loquens de instrumentis guarentigionatis confirmat conuentiones, & parat executionem, & tunc fatendũ est dictũ Bal. per legem legitimam: aut statutum parat tantùm executionem, quod ita interpretatur: & tunc intelligitur parare executionem contractibus efficacibus, & nõ inualidis. & ita tenet ipse Bal. *in l. si non sortem. §. 1. fi. col. ff. de condi. indeb.*

indeb. cum omnibus sequacibus. Dominus tamen Iason ad istam partem facit duo fundamenta *in dict. §. sed cum nulla*, scilicet, quòd tale statutum debet inelligi, vt minus lædat ius commune, quia est contra ius commune, *l. minor 25. annis cui fideicommissum. ff. de minor.* Item quia concurrerent duo specialia, s. vt ex pacto nascatur actio, & ꝙ habeat executionem, &c. ¶ Quippe ista fundamenta nihil habent nerui. Si enim statutum voluit conuentiones efficere efficaces, & eis dare executioné, vtrunque potest, & vtrunque erit: sed si tantùm dat executioné paratam contractib. non ob hoc efficit efficaces, sed efficacib. parat executionem. Vnde ex defectu intentionis negamus pacta esse fomentata, non ex eo, ꝙ ius cōe lædatur, aut quia duo cōcurrant specialia. Nam contra ius cōe nihil constitueretur, imo rediretur ad ius cōmune. Ius enim cōe apud Iureconsultos est ius gentium, *vt in §. 2. Inst. de iu. natu. gentium & ciuili. & in l. ius ciuile. la prima. & in l. omnes populi. ff. de iust. & iur.* ibi partim proprio iure, partim cōmuni omnium, &c. Cùm igitur iure gentium, id est communi, pacta nuda custodiantur, per tale statutum ius cōmune conseruaretur, & ideo in his, in quib. ius gentium obseruatur, non sunt adducendæ istę regulę; *argum. tex. in l. bona fides. ff. depositi.* facit senten. Mar. Tul. 3. de Offi. dum dicit, quod enim ciuile, non idem gentium: idem ciuile esse debet. Ego enim adeo passim has regulas restri-

Ius cōe apud Iureconsultos est ius gētium.

ctionis, maximè duorum specialium, erratas video, vt eius errores repetere pudeat, *vide sup. in prin. huius repet. in 1. q.* ¶ Item in alio, in quo do. Ias. reprehẽdit Bal. videtur reprehensibilem, malè reprehẽdere. Dicebat Bal. quòd pactum vestiebatur literis: dicit Ias. id falsum, quia in mutuo, & in dote habet locum vestimentum literarum, *vt Instit. eodem. & notatur in §. quinimo. l. iurisgentium.* Item habet locum, siue in pacto nudo, siue in stipulatione, *vt Instit. de literarum obl. iuncta gloss. in l. si ex cautione. Cod. de non nume. pecunia.* ¶ Baldo quippe non assentio, quia ex statuto parante executionem instrumentis, non fouetur pactum nudum. Fatendum verò esset, quòd si statutum conuentiones etiam nudas instrumenti velit esse efficaces, ex hoc literis, id est, instrumento vestiretur. Nec obstat, quòd forma literarum obligationis non habeat locum: quia prout illa statuta est à iure ciuili, *vt in princ. Inst. eo.* ita ista potuit statui, *vt in l. omnes populi. ff. de iust. & iure.*

¶ At ꝙ in mutuo habeat locum literarum obligatio, est mero iure falsum: quia dum est mutuum, re cõtrahitur, *vt Inst. qui. mo. re. con. ob. in prin.* Sed cõtractus re à contractu literarum specie distinguuntur, *vt in §. fin. Inst. de obli.* ergo in mutuo non habet locum literarum obligatio. Literis enim quis obligatur ex confessione mutui, non ex mutuo, & ita cum aliis tenet Io. Fab. *Inst. de liter. obl. 5. col. in fi. & per 6. col. declarat.* Fateor tamen, ꝙ mutuum ciuile doctores

sua

ſua auctoritate appellent. ¶ Item ego miror, quod dominus Iaſon dicit, etiam in ſtipulatione habere locum literarũ contractus, quia verborũ obligatio etiam ſpecie diſtinguitur, *vt in eod.§.fin.* & differentiæ ſpecierum ſunt eſſentiales. Tamen & ſi hoc arg. non cõcludat, concludit tamen tex. *in §.1.Inſt.de literarum obligatio.* vbi tunc dicitur literis obligari, cùm ceſſat verborum obligatio. ¶ Occaſio fallaciæ fuit, quòd exceptio nõ numeratæ pecuniæ ita habet locum cõtra ſtipulationem, ſicut cõtra confeſſionem mutui, & promiſſionem ex hac ſimplici promiſſione factam: *& ita loquitur lex, ſi ex cautione. per Moder. al. cum gloſſ. & §.idem iuris. Inſt.de exceptio.* attamen falſum eſt, ꝙ vbicunq; detur exceptio nõ numeratæ pecuniæ, ibi inſit literarum contractus, de quo in tit. de literarum obligatione. Exceptio enim illa cõpetit cõtra literarũ contractum, & cõtra aliquos alios ꝯctus, *vt in l.in contractib.C.eo.& in d.§.idem iuris.* ¶ Hodie tamen ego fatendũ reor, ꝙ tale ſtatutum, parans inſtrumentis executionem, habeat locum in conuentionibus nudis à ſtipulatione, in inſtrumento inſertis, alio tamen capite, quàm à doctoribus cõſideretur. Non enim ex lege legitima. ff. de pactis, ſed ex c. noſtro, quia iure canonico redduntur efficaces tales ꝓmiſſiones, quæ efficacia in vtroq; foro tenẽda eſt, vt ſuperius oſtendi. ¶ Alia declaratio eſt, qñ pacto nudo adijcitur † iuramentũ, 136
qđ tenuit Matheſi. *in notab.11. Salicetus in l.legem.*

C. eo. & plures alij *per l. si quis maior. C. de transact.* sed ego latè hoc superius examinaui in materia iuramenti. ¶ Nona declaratio est, quòd in
137 † treugis & pace nuda conuentio parit actionem: ita Bal. *hic quasi ad finem per text. in l conuentionum. ff. de pact.* quod sequuntur Moderni Papienses *in §. sed cum nulla. in 13. fall.* sed si rectè intuearis text. in l. conuentionum, nihil probat, nisi quòd pacis conuentio sit publica, nec intendit, quòd ex conuentione nuda publica oriatur actio, quia ibi tantùm ponitur diuisio cōuentionum, vt ibi latius dixi. Si igitur tales conuentiones sunt seruandæ, aliunde erit ꝓbandum. Bene facit text. *in c. nouit. de iudicijs.* q̄d à fortiori argumētatur de pace seruāda. Cùm sit vinculum charitatis, & fatendum est, eam esse seruandam, consideratione iuris canonici, non tamen ex lege conuentionum. ¶ Decima declaratio est, quòd si cōuenit inter do-
138 minum † & vasallum, vt expēsis domini seruiret, talis conuentio, etiam consideratione iuris ciuilis, erit efficax: ita Bal. *in c. si cautio. in vlt. colum. in fi. de fide instrum. per tex. in l. inter socerum. §. conuenit. de pactis dota. ff.* referunt & sequuntur Moderni Ticinenses *in §. sed cum nulla. in 14. fall.* ¶ Ego hæc aliter sentio. Si enim vasallus seruiuit, pactum est vestitum ipsa causa, *vt in l. iurisgentium. §. sed et si. ff. eodem. & in l. solent. in fine. de præs. verbis.* aut non seruiuit, & tunc si pactum non fuit iuxta cōtractum appositum, erit nudum, & non probatur *per l. inter socerum. §. conuenit*

uenit.pactum esse efficax. Aliunde ergo erit docendum. Sed ego satis dubito de illo casu in illo §. cōuenit.vbi vir pactus fuerat mulieri facere expensas quocunq; iret, & ipsa ad literas eius,ad prouinciam, in qua Centurio vir commorabitur veniens, ad expensas habet vtilem actionem in factum. Quare igitur non habet directam incertam actionem ciuilem, id est, præs.ver.cum pactum habeat causam? Certè satis dubito,sed forsan ita esset respondendum, quod pactum erat vniuersaliter factum de soluendis expensis, quocunque iret, vel veheretur: euenit, quod postea mandato viri iret in prouinciam: profecto in isto casu non videtur, quod ista petitio ad prouinciam vestiat pactum:ratio, quia pactum non habet relationem ad istam causam,scilic.quod mandato viri iret: nam promisit quocunque iret, sed quia ex eo, quod ipsa secuta literas viri ꝓfecta est, æquum est ei dari in factum vtilem actionem. Ita pro nunc censeo intelligēdum. Vide quæ dixi *in leg. legitima. 18.colum.ibi non obstat,&c.*

¶ Vndecima declaratio est,quod si pactum fiat sub conditione, adueniente † conditio- 139
ne, orietur ex pacto actio:ratio, quia conditionis aduentus habetur pro causa. *l. à Titio. ff. de verb.oblig.* sed pactum cum causa parit actionem:*vt in l.iurisg.post princ.ff.eo.*ergo & istud pariet. Item ad hoc facit tex. *in l. cum ad præsens. ff. si cert. pet.*ita dicebat Bal.*in l.quoniam.C.de rerum*

permut. Angel. in d. l. cum ad præsens. & in l. si mora. ff. de pactis. Sed idem Bal. *in c. cum inter. pen. col. de renun. & in c. cum Ioannes ad finem de fide instr.* tenet contrarium. quem sequuntur moderni *in d. §. sed cum nulla. in vlt. fal.* hac ratione moti, ꝙ duo essent specialia, & respōdent ad l. cū ad p̄sens, ꝙ verbum *Spondeo*, debet intelligi stipulatione. ¶ Mihi vtriusque opinionis ratio displicet. Prima enim videtur errare, quia alia est causa, quæ pactum per se inefficacem reddit efficacem: vtputa, conueni de dando vt dares, & dedi vel feci aliquid vt faceres: ista enim conuentio vt dares, vel vt faceres, habet vestimentum, scilicet causam, qua vestitur, quæ quidem requiritur ad vestiendum pactum, *vt per totam leg. naturalis de præs. ver. & in l. iurisgentium. §. sed & si.* Alia est causa, quæ requiritur in stipulatione, quæ per se valere potest, vt non annulletur ex defectu causæ, quia si nulla causa promitto, nō est efficax, *vt in l. 2. §. circa. de doli excep.* Finge, promisi decē mutuare, quippe talis stipulatio valet, & obligat. Item promisi per stipulationem permutare, certè valet & obligat, *vt in leg. ex placito. C. de rerum permu.* ratio est, quia non deficit causa. scil. quia mutuare vel permutare promitto, & sic ad aliquid promitto. Sed ista causa nō est sufficiens ad vestiendum pactum, nec pactum reddit efficax, *vt in dicta l. ex placito. cum similibus.* Aduentus igitur conditionis habetur pro causa stipulationis, scilicet vt stipulatio non cen-

censeatur in vanum & errore facta, & ideo erit valida, *vt in d. leg. à Titio. cum simil.* ista tamen causa non est talis, vt vestiatur pactum. vt vides. ¶ Hac idcirco attenta ratione, tu colliges, quandoque etiam pactum nudum aduentu conditionis vestiri, scilicet quando illa concõditio habet in se causam vestimenti. Finge, quod tibi promitto decem, si codicem mihi permutaueris cum infortiato: certè ex aduentu conditionis vestitur pactum, quia ex hoc habet causam, *ita notatur in l. hoc iure, ff. de dona.* vnde orietur actio pręs. ver. quod fatetur Bar. *in l. si intra. in fine primæ col. ff. de pactis.* non igitur est verum, quod causa, quæ reddit stipulationem efficacem, reddat etiam pactum: in aduentu, scilicet conditionis, sed aliquando verum est, quod in conditione maximè potestatiua insit causa ad vestiendum pactum. ¶ Item nec ratio contrariæ opinionis mihi placet: nam non credo speciale, vt aduentus conditionis habeatur pro causa, quia dum est causa, valet stipulatio: nec in hoc est aliquod ius restringibile, vel singulare, vel odiosum, quod quia habet amplam materiam, ideo eam prætereo. Sat est, quod lex à Titio. in hoc nihil odiosum & restringibile continet, minus quod erit restringibile, vt pactum nudum non habeat actionem, vt sæpe hanc importunam iniquitatis regulam superius refelli. Maximè, quod si ex conditione resultat causa, & ex causa vestitur pactum: nullum

nullum poteſt notari ſpeciale, vt in exemplo ante poſito, quia pactum habet cauſam, quia permutaui, & ex pacto cum cauſa naſcitur, ſine aliqua ſpecialitate actio; *vt in d. l. ſi intra. & in l. naturalis. §. 1. cum ſimilibus.* ¶ Duodecima declaratio eſt, quod pactum nudum donationis
140 † cauſa factum parit actionem. *per legem. ſi quis argentum. §. fin. C. de dona.* Ita notat gloſſ. *in l. legitima. & in d. §. ſed cum nulla. cum pluribus ſimil.* ſed gloſſæ à Bar. reprobantur *in d. leg. legitima. & ibi ſatis late dixi.* Deinde remanet dubitatio, an quando pacto donationis cauſa factum promittitur, tale pactum ſit efficax? Guil. quem ſequitur Bar. *in d. §. ſed cum nulla.* tenet quod non, duabus rationibus: quia prædicta lex. ſi quis argentum. loquitur in donatione quantitatis, ergo cum factum promittitur, nec reprobatur, nec approbatur tale pactum, ſed remanet in diſpoſitione iuris communis, *per legem præcipimus. C. de appell.* ¶ Præterea obligationes facti non ita promiſſorem arctant, ſicut obligationes dandi, *vt in l. ſtipulationes nõ diuiduntur. ff. de verbo. oblig.* vbi ſufficit ſi intereſſe ſoluatur, quo ſoluto cauſatur liberatio. Non ergo in his eſt tanta ratio, prout in obligationibus dandi. Hæc ſunt verba Bart. quem plures etiam ſectantur, vt Anton. & Imol. *in ca. qualiter. infra eod.* Sed etiam pro contraria op. ſunt plures, quos latè referunt & ſequuntur do. Alex. & moderni Papienſes *in §. ſed cum nulla. allegant gloſſ. in l. ſi cum mihi. ff. de dolo. & in l. permiſiſti. ff. de præſ.*

Digitized by Google

praes.verbis. ¶Fundantur his rationibus: quia praesupposito etiam, quod lex si quis argentum.fuisset correctoria, tamen in correctoriis ex idemtitate rationis fit extensio. *vt notatur in l.his solis. versic. tacitè cautum.Co.de reuoc.do.* sed ratio expressa in l.si quis argentum.in versiculo cum enim in arbitrio cuiuscunque, habet locum etiam in factis. Item hoc fundamentum fortius militat, cum prędicta lex potius sit limitatoria quam correctoria, cum in his licita sit extensio, *vt in c.cum dilecta.§. nos igitur.de confir.vti.vel inutili:* praeterea ponderatur text.*in d.§.fin.legis si quis argentum, in versiculo tradere.* Nam tradere est facti, *in l. si rem tradi.ff. de verb.obl.* ergo, &c. Item vltimo ponderatur à Fulgosio §. perficiuntur.Insti. de dona. ibi ad exemplum emptionis, &c. Sed in emptione venit traditio, & sic factũ, *vt in l.1.ff. de act.emp.* ergo, &c. Haec sunt etiam, quae pro alia parte adducuntur. ¶Si quis tamen vellet disputare ad vtramque partem, non obstantibus dictis doctorum, facile posset, quia vtriq; non concludunt, & primò his vltimis respondebo, dũ enim praesupponunt legem esse correctoriam, & ex idemtitate rationis extendendam. Nota, quod non est correctoria, vt ostendi. *in l.iurisgentium in §.quinimo.ad finem repetitionis.* pacta enim nuda sunt praeter legem, & ideo non habent actionem, & in his, quae sunt praeter, non est correctio. Finge enim, quod ego vidi duos pauperes vel plures, vni tamen, qui mihi digni-

In Correctoriis ex rationis idemtitate fit Extẽsio.

dignior videbatur, aliquid elargior; nõ enim ex hoc aliqua fit correctio: ita ius ciuile, qui pactum donationis vel aliquod aliud vestiuit, seu confirmauit, non ex hoc seipsum correxit: in cessantibus enim non est correctio. vi. ibi. At dum loquuntur de extẽsione ex idemtitate rationis, nec propriè loquuntur: quia si in ratione legis si quis argentum. comprehenditur donatio facti, lex illa non extenditur ad talem donationem, sed in ea loquitur, & eam comprehendit. Ex ratione enim lex ipsa (veluti homo ex anima) constat, & casus ponitur pro exemplo, *vt in l. 1. §. quod vulgo. ff. de vi & vi arm. & in leg. cum mulier. ff. solut. matri. cum similib.* ¶ At quod illa sit illius legis ratio finalis: negari posset, quia sequeretur, quod in omni pacto nudo, etiam vltra donationem, lex illa locum haberet. Si enim ab eo, quod facere quis instituit, nõ licet resilire, cum fuerit in eius arbitrio facere vel non facere, ergo sequitur, quod cum in arbitrio sit cuiusq; promittentis promittere, vel non promittere, postquam promisit, eam promissionẽ adimplere debet, & tenetur. Sed hoc falsum, ergo illa ratio non est cõstans, prout iacet, nisi ad casum referatẽ, sed casus loquitur in donatione quantitatis vel rei, quoad dominium, ergo non loquitur in donatione facti. ¶ Præterea secundum illam rationem donatio remuneratoriá non comprehenderetur in l. si quis argẽtum, in qua est maior obseruantiæ ratio, quam in dona-

Digitized by Google

donatione simplici. Sed quod non comprehenderetur esset iniquum, ergo nō est dicendum, eam rationem esse disponentem, & finalem, ex qua lex illa regatur. ¶ Item arguitur alius error in argumento, dum dicunt eam legem limitatoriam, nam non est limitatoria: limitatio enim est intra limites immissio, ibi tamen magis erit extensio, & liberalitas iuris ciuilis, in concedenda actione, quam limitatio: quia si donatio efficitur contractus nominatus, vt ostendi in leg. iurisgentium. in princ. & pluries ille text. videtur probare. Fuit auctus numerus contractuum innominatorum: vel etiam si non efficitur pactum efficax, magis erit ampliatio actionum, quia in hoc ius ciuile agit, quam restrictio vel limitatio eius, in quo cessat: at si dicas regulam esse negatiuam, quod ex pactis non oriatur actio, est negatiua declarans à non ente. Cogita. ¶ Non obstat aliud argumentum, dum ponderantur verba, *quod tradere existimabat*. ex quibus colligunt, legem illam loqui in traditione, quæ est facti. ¶ Considera rectius, quod ista ponderatio est extra intentionem illius legis, nam loquitur in donatione, cuius n[illegible]ra magis est vt detur: est enim donidatio, *v.* [illegible]*g. senatus. §. donidatio. de dona. caus. mor. ff.* item ad hoc datur, vt statim accipientis fiat: *vt in leg. 1. ff. eod.* maximè, quod ille text. etiam in casu expresso magis loquitur in donatione, quoad dominium iuris quam quoad traditionem, prout

Limitatio quid.

prout est facti. Loquitur enim (vt colliges ex § præcedenti) cum donatur pars, vel dimidia, vel tertia substantię alicuius. Item loquitur in casu, in quo vsufructu retento, donatur bonorum proprietas, ergo loquitur in donatione rei, id est, in ipsa donatione. ¶ Nec obstat ponderatio: nam ad translationem dominii requiritur traditio, quæ est causa translationis, *vt in l. nunquam nuda. de ac. rerum do. in l. traditionibus. C. de pactis.* & ideo si rem mihi promittis, etiam quoad dominium, traditione fit executio: & hoc est, quod dicebat Imperator, ex lege nostra necessitatem imponi etiam tradere hoc, quod donare existimauit. Item ibi. ex promissione necessarius traditionis sequatur effectus. Item ibi, necessitatem habeat donator omnimodo, res vel partem substantiæ, quam nominauerit, vel totam substantiam, tradere. Ergo illa traditio ad ius dominii, & eius executionem est referenda. ¶ Non obstat vltim. argum. *de §. perficiuntur. ibi exemplum emptionis*, respondēdum est, quod exempli ratio non versatur in eo, quod de facto loquatur, sed ad hoc fuit formatum exemplum, vt sicut sola voluntate, & consensu constituitur emptio, *vt in princ. Inst. de empt. & vend. & in l. 1. in fine. ff. de contrah. empt.* ita solo consensu ante traditionem fit perfecta donatio. Ita clarè colliges ex mente text. ibidem in his verbis, *& ad exemplum venditionis nostra constitutio eas in se habere necessitatem traditionis voluit*, vt etiam si non

non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectum robur, & neceſſitas traditionis incumbat donatori. Exemplum ergo in hoc eſt impoſitum, vt ſicut ante traditionem eſt perfecta emptio, & habet neceſſitatem executionis, *vt in l.1. §. item emptio. de rerum permut. ff.* ita eodem modo donatio. Vnde dum ſumus extra rationem exempli, ab eo malè argumentamur. Ecce, quod argumenta doctorum facilè reſoluuntur. ¶Sed perſpi[illegible]s ſi cogites, Guil. & Bart. opinio non videtur vera, tali argumento. Profecto negare non poſſumus, legem ſi quis argentum §. fi. cõfirmare pactum donationis: adeo, quod ex ſolo pacto cõſtituitur donatio, vt dicebam per. §. perficiuntur, in quo bene cadit exemplum emptionis. Sicut enim emptio conſenſu conſtat, ita & donatio conſenſu perficitur: ſed donatio alicuius facti fieri poteſt, ergo ſi factum pacto cauſâ donationis promittatur, donatio erit: At quod in facto conſiſtat donatio, cõſtat, quia in emptione, in locatione, in permutatione, in omnibus his, in quibus aliquid liberaliter vltra debitum conceditur, poteſt conſiſtere donatio. Finge quod 20. operas tibi promitto ſtipulatione, quarũ 15. volo locari, & quod mihi ex locatione 100. debeas, quæ ꝓmiſiſti, reliquas autem quinq; donare volo, nullus profecto negauit, hanc eſſe donationem, & Bartol. ipſe fatetur in dicta leg. qui mihi. vbi hoc firmat gloſſa, & gloſſa *in leg. permiſiſti. §. fin. ſupr. alleg.* Si

 igitur

Digitized by Google

igitur taliter stipulatione fit donatio, nec negare poteris pacto hodie fieri posse: ratio, quia sicut stipulatione, eodem modo pacto conficitur donatio, *vt in d. l. si quis argentum. §. fi.* ¶ At quisque opponet, donatio est doni datio, ergo in facto non potest consistere, cum datio sit iuris. *vt in §. sic itaque. Institut. de action.*

an Datio sit iuris.

Responde, quod & si à doni datione habeat nomen, tamen eius esse vltra dationem verificatur. Na quis promisisset stipulatione, erat donatio iam ante dationem, *vt in leg. 2. ff. de donat.* Item si quis permitteret habitare causa donationis, vel traderet vsumfructum, est donatio, *vt in leg. Aquilius Regulus. ff. de donat.* & tamen non est donidatio, *vt in eodem §. sic itaque.*

argumētum ab Etymologia non semper valet.

vnde non est dicendum hanc rationem à nominis significatione validam esse. Constat propterea, quod cum causa donationis aliquid promittitur, sola liberalitate habeat efficaciam, vt dicitur in eadem leg. si quis argentum: præsertim hoc erit, si contractum esse nominatum teneamus, prout ego tenui. *in leg. iurisgentium. in princip.* ergo valebit in facto, cum facta donationi adaptari possint. Item ego quærerem rationem, quare magis liberalitas, quę consistit in quantitate, debeat sola promissione esse efficax, quam liberalitas, quæ consistit in tradendo, vel in facto, vel in possessionis aut vsusfructus concessione? certè nulla bona ratio assignari potest, nec de imperatoris intentione est donatio-

nationes distinguere, sed liberalitatem confirmare, vt expresse dicit ibidem. quod autem in quantitate, vel in proprietate loquatur, hoc exemplum est, nec ad hoc specialiter tendit instituentis intentio. ¶ Nec id obstat, quod dicit Bart. obligationes dandi præcisam habere necessitatem. Nam hæc ratio agilis est ad vtramque aciem: quia si præcisam habet sui natura compulsionem, durius est eam approbare, & confirmare, quam confirmare obligationem facti, quæ æquiorem habet interpretationem, scilic. vt soluatur id ipsum, aut interesse. Tamen ista ratio ad vtramque partem est nihil: cum enim donatio, & quantitatem, & factum comprehendat, vtrumque venit in ratione liberalitatis, quæ est confirmata solo consensu: cogita. ¶ An autem donatio habeat necessitatem sola pollicitatione? videtur quod sic ex verbis imperatoris, *in eadem l. si quis argentum. §. fin.* ibi ex lege nostra necessitatē imponi tradere quod donare existimauit. qui enim pollicetur iam donare existimauit. & vltro pollicetur, ergo necessitas imponitur. Itē ibi (*sola liberalitate est perfectissima constituta*) at liberalitas in solo pollicente consistit. Itē ibi *rem quam nominauerit adimplere.* Itē ibi, *quod semel constituit oportet facere.* Itē ibi, *non debet propositum defraudare.* At qui pollicetur habet propositum promissione cōfirmatum, Ergo est adimplendum. vt notatur *in c. literarū de voto.* vbi late Abb. Item ibi, *vel religiosis perso-*

nis donatio deputata sit: Omnia ergo verba supradicta satis competunt pollicitationi. Item facit text. *in leg. ad exactionem. Cod. de dotis promiss.* ibi *in pollicitatione rerum dotalium, &c.* Dos enim species est donationis, & eadem versatur ratio. *vt in leg. fin. Cod. ad Velleian.* vbi in promissione dotis eadem ponuntur verba, quæ ponuntur in l. si quis argentum. §. fin. & in dicta leg. fin. semel & rursus dicitur, quod si dotem pollicitus sit, vel spopōderit, obligatur. Item subiungitur, suam confessionem adimplere tenetur. Item ibi, vt quod ab initio sponte scriptum, aut in pollicitatione deductum est, hoc ab inuitis postea compleatur: item faciunt verba in §. perficiuntur. Institut. de dona. perficiuntur autē donationes, cum donator scriptis suam voluntatem manifestauerit, &c. ¶ Item facit text. *in cap. si tibi absenti. de præbend.* vbi collatio etiam facta absenti nō potest reuocari, donec ipse eā recuset. Nec obstat text. *l. absenti. ff. de dona.* quia verum est, eam nō quæri absenti donec acceptauerit, sed nos loquimur de obligatione promittentis. Item facit *cap. de illis. il 2. de sponsa. impub. infr.* vbi ex solo consensu vnius stat obligatio, donec alius acceptare possit. Hæc retuli nihil affirmando, vide quæ dixi su. in materia pollicitationis, secundum quæ ista essent intelligenda, de quibus etiam dixi in l. 1. ff. de pactis. ¶ Decima ter-

141 tia fallentia vel declaratio est in dotis † promissione, ita notatur *in l. 1. ff. sol. mat. in §. de pecunia*

Dos species donationis.

Digitized by Google

nia autem constituta.Instit.de act. sed Bar. & communiter alii reprehendunt glo. *vt in d.l.1.soluto matrim.* sed ego eas satis clarè defensaui *in l. legitima.9.colum. ibi. quarto noto.* & vltra ibi dicta id notare poteris, quod non solum lex, vnica non tollit priuilegium dotis, scilic. nuda conuentione posse constitui, & si doctores tolli, falsò credant, sed eadem lex. confirmat nudam conuentionem. quia dicit fingi stipulationem, & à fortiori confirmari, si inutiliter verè sit stipualtum. Cum igitur inutilis stipulatio confirmatur, per consequens confirmatur nudum pactum, cum stipulatio inutilis in vim pacti remaneat, *vt in leg. si vnus. §. si acceptilatio.ff.de pactis.* & ista consideratio est de mente glossæ. *Instit.de actio.§. de pecunia.* vbi ad idem allegat legem. ad exactionem. & legem 1. de rei vxor. actione & tamen, secundum doctores, vna tollitur per aliam. Itē est de mente gl. *in l.legitima.ff. de pactis.* dum allegat exemplum illius legis, & ibi aliquid dixi. hoc tñ intellige, dum tenemus intellectum doctorum, quod ille tex. in l. vna. ita loquatur de dotis promissione, prout de dotis repetitione.

¶ Decima quarta fallentia est in emphytheosi, secundum Angelum *in dict. §. pecunia.* Sed de tali fallentia miror, cum contractus emphyteusis dicatur nominatus, & proprii contractus, & nomen, & natura tribuatur, *vt in §.adeo.Institut.de locato.& in lege prima.C. eod.* & ita tenet glos. *in l.legitima.supra all.in pr.* & Bart.

 & cæ-

¶ Tu verò certius poteris dicere, quod tex. *in dicta lege diem proferre.* ex intentione Vlpiani non probat, nec assentit intellectum Hostiensis: iure enim ciuili, ex iureconsultorum dispositione pacta nuda non pariebant actionem, & eadem regula habebat locum in compromisso: quod expresse asserit tex. *in leg. ne in arbitriis. in princ. Cod. de arbit.* vbi hodie ex sententia arbitri, pacto nudo emologato, oritur actio. antiquiori tamen iure, pactum nudum solam exceptionem pariebat. Vnde mirandum est, de Hostiense, & de his, qui eum contra iura expressa approbare volunt. ¶ Item maior est error, de intentione Vlpiani ex pacto nudo actionem elicere. *per leg. 1. ff. de pactis.* nam idem Vlpianus *in leg. iurisgentium. in §. sed cum nulla. & in §. quinimo. ff. eod.* sæpius docet contrarium, dans regulam, ex his pactis actionem non nasci. Nec obstat text. *in l. prima,* quia ibi Vlpianus declarat intentionem edicti prætorii, ex quo pacta omnia seruantur. Sed & si æquitate naturali prætor sit motus, qua æquè, & nuda, & vestita pacta seruari deberent, tamen nuda sola exceptione seruauit, ius ciuile sequutus. ¶ Fatēdum autem subtiliter esset, quod eadem lex, diem proferre. in §. finali verificatur in pacto, prout in stipulatione: non ex intentione Vlpiani, (vt prædicti doctores credunt) sed ex intentione aut compilatorum, qui post cōstitutiones imperiales, ffor ū libros simul ordinarūt, *vt in l. 1. ff. de*

vete. in. enucle. & in l. 2. §. 1. ibi (postea vero) eod. tit. & in l. 1. & 2. C. de nouo C. confirmando: Cum promissio ex significatione vocabuli, & pactum, & stipulationem comprehendat, *vt in d. l. sciendũ. §. dictum.* aut ex vniuersali totius iuris intẽtione, qua etiam verificatur, in pacto. scil. emologato: sed in hoc cogita. ¶ Decima septima declaratio est, in casu legis frumenti. C. de vsuris, & alia in casu legis etiam. ff. de vsuris, vbi
144 & vsuræ ciuitatibus † ex pacto nudo promissæ, & vsuræ pro frumento promissæ valent. Quærit tamen Hostiens. & Io. And. *in isto c. nostro.* an in illis casib. de canonico iure oriatur? & dicunt nasci: nam cum nõ possit dari ratio, quare non nascatur obligatio naturalis, dicẽdum est nasci, & per consequens oriri obligationem, & actionem canonicam. per text. nostrum. Ita ipsi. ¶ Ego miror, quod summi canonum magistri à canonica ratione tam facile degenerauerint: & primò de casu legis etiam. vbi, si pecunias ciuitas crediderit, ei debentur vsuræ simplici promissione, secũdum ius ciuile. At quod naturalis nascatur obligatio, hoc falsissimum teneo, naturalis enim obligatio à iure naturali oritur, vt per se patet. Sed iure naturali non promittitur vsura, imo est damnata, ergo iure naturæ non potest quis obligari. Minorem probo, quia vsuræ sunt vtraque pagina prohibitę, *vt in c. quia in omnibus. de vsuris.* At quod lege diuina prohibetur, prohibitum erit iure naturæ: quia ius naturale à diui-

Digitized by Google

diuino non differt, *vt in c.1.dist.1.& in c.2. ead.distin.& in c.in lege 6.dist.* Quodcunque enim morale in lege Dei prohibetur, id censetur esse prohibitum ipsa natura. Vnde in prohibitis à lege diuina non nascitur obligatio naturalis, ad ea adimplenda, imo æquitas ipsa naturę, ex qua omnis naturalis obligatio nascitur, *vt in l. Stichum. §. naturales. de sol.* vrget ad non adimplendum. Ergo qui vsuras ciuitati, vel pro frumento promittit, non est naturaliter obligatus. At si dicas, quòd isti sunt casus speciales, in quibus naturalis obligatio locum habet. Respondeo, quòd ea, quæ de se turpia, & ipsa natura simoniaca sunt, vt est vsura, *secundum notata in c. ex parte 2. de off. deleg. cum simili.* nullo casu licita esse possunt. Vnde ad redemptionē captiuorum, vel ad quodlibet sanctissimum optimumq́ue opus, non est optima, vel licita turpis vsura, *vt in c. super eo. de vsuris.* Malè igitur credunt canonistæ prædicti, in his casibus oriri naturalem obligationem. Et æquè malè, dum eliciūt canonicam obligationem, & inde actionem: nam iure canonico improbantur, *vt in eodem cap quia in omnibus.* & improbantur, quia per se simoniaca & turpia. Cùm igitur omnis obligatio cuiuslibet iuris, quæ tendat ad obseruādum promissa, oriatur ex eiusdem iuris comprobatione, *vt in l. legitima. ff. eo. & in §. per traditionem. Instit. de rerum diuis.* quod latè declaraui *in l. legitima.* & ista promissio improbetur, & non approbetur ab ipso iure na-

Digitized by Google

turæ & canonico. dicendum est neutram obligationem ortam. ¶Nec obstat lege ciuili oriri: nam non credas oriri naturalem, etiam lege ciuili: quia quod de se natura improbum est, lex ciuilis licitum eadem natura efficere nõ potest, *vt in l. has obligationes. de cap. dimi.* imo nec ciuiliter licitum erit, quia dum leges ciuiles legib. naturæ aduersantur, vel ab his discordant, non sunt seruandæ, *vt in c. fin. de præs. in c. fin. de consue. in c. fin. 9. dist.* & potest teneri non esse leges: quia intantum habẽt de ratione legis, inquantum participant de lege æterna & diuina, vt declarat sanctus doctor. *1. secundæ q. 90. artic. 1.* Vnde dicit Isido. lib. etymo. si ratione lex cõstat, lex erit omne, quod ratione constiterit. & idem 5. li. etymo. ita inquit. Erit autem lex, iuxtà honesta & rationabilis, quod transscribitur in c. erit autem. 4. dist. ¶Hinc etiam dici potest, quòd in casu legis frumenti, & l. etiam. non insit obligatio ciuilis. Ratio, quia ciuilis obligatio est iuris vinculum, quo necessitate astringimur secundum nostræ ciuitatis iura, ita quòd est iuris vinculum, quo vinculamur ex legibus ciuitatis, quia his legibus parere ipsa ratio cõstringit, vnde necesse est dicere, ius ciuile obligare, nõ à se, sed à lege naturæ, qua inferiora superioribus, & membra toto subijciuntur. Nam secundum beatum Dionysium, lex diuinitatis est, infima per media in suprema reduci: non ergo vniuersa omnia æquè atque immediatè: sed infima per

quod natura improbum, Ius ciuile licitum nõ potest facere.

Lex ratione debet constare.

ma per media, inferiora per superiora ad ordinem reducuntur, vt docet Inno. octauus *in extrauag. de maio. & obed.* Vnde libro Regum legitur: per me reges regnant, & principes dominantur. Item, quòd qui nō obedierit principi, morte moriatur, & in concilio Agatensi, quòd anathematizetur, *vt in c. si quis. de maio. & obed.* Item, qui resistit potestati, ordinationi Dei resistit. Omnis enim potestas (vt ait Apostolus) à Deo est. hinc dicimus, vt lege ciuili maioribus ac patriæ pareamus, obligationem inesse iurisgentium, & naturalem, *vt in l. veluti. de iustitia & iure. & l. non amplius. §. is natura, de regul. iuris.* Si ergo lex ipsa ciuilis ab altiori lege regitur, ab eaque habet potestatem, scilicet à lege naturæ & diuina: quippe satis nobis cōstabit, quòd si lege ciuili aliquid præcipiatur, quod sit cōtra legem diuinā & naturalem, tale pręceptū non ligat: quia deest sibi potestas, quæ ab altiori ordine præordinatur. Ex qua re fundamētum sumitur, dum docetur, ꝙ iniustis præceptis iniquis, vel contra legem naturæ, etiam si sint principium, obedire nō tenemur, *vt in cap. quid culpatur. 23. q. 1.* vnde talia præcepta sunt irrita & vana, *vt docetur in c. quo iure. 8. distinct. & in c. fin. de præs.* ¶ Apparet igitur quòd in l. etiam. ff. de vsuris nō insit ciuilis obligatio: nec obstat, ꝙ lex illa dicat, ꝙ vsuræ debentur: nā fateor, ꝙ debentur iuris ciuilis, & illius Iurisconsulti intentione, quæ tū fallitur circa vsurarum iustitiam, quam prosequitur

ius

Digitized by Google

ius canonicum, cui in his, vt ſuperiori, obediendum eſt *in c. omnes principes. de maio. & obed. & in dict. extra. Boni. octaui. & ſatis notatur in c. ex tenore. de foro comp. & in cle. diſpendioſam. de iudicijs. & in d. c. quia in omnibus.* ¶ Sed ſi velles excuſare caſum in l. frumenti. C. de vſuris, dic, quòd intelligitur in frumenti acceſſione, propter incertam æſtimationem, ſcilicet quando incerta eſt æſtimatio, nec aliàs venditurus erat. *in terminis. c. nauiganti. & c. conſuluit. de vſuris.* Tunc enim naſcetur & ciuilis, & naturalis, & canonica obligatio, per tex. noſtrum. Sed tũc non præſupponitur vſura, qua præſuppoſita, nunquam orietur iuſta actio. ¶ Nec obſtat, quod dicunt Petrus & Io. Fab. *in 1. col. in fi. in §. de conſt.* quod etiã cõfirmant Moderni Ticinenſes ibi. quòd id eſt diſpoſitum propter neceſſarium vſum victualium. Ad quod ſatis faceret opinio Philoſophorum, qui tenent terram ſubtus aquam naturaliter cõſiſtendam, tamen ad vitam animantium ſic eſſe cõpoſitam, vt pars eius aquas ſuperet: ſic ad neceſſitatem victualium, videntur etiam vſuras, contra ius naturę permittendas. Sed in contrarium eſt veritas, quia etiam in victualibus non eſt permiſſa acceſſio vſuraria, *vt in c. nauiganti.* qui expreſsè loquitur in frumento. *& in c. ſi quis oblitus. 14. q. 3.* nam ſine vſura poteſt ſuppleri neceſſitas generis humani: imo eſt contra genus humanũ, quia quicquid moribus naturaliter præcipitur, tendit ad conſeruationem generis humani, &

ni,& hæc est finis omniũ legum. Cogita, quia hęc extera sunt à vulgo: plus tamen valet apud me vera ratio, quàm vulgi opinio.

Ratio vera præferenda vulgi opinioni.

¶ Vltimò dubitari potest, an secundum ius canonicum, pactum cõtrarium † resoluat stipulationem? & arguitur affirmatiuè: quamuis enim pactum nudum non resoluat obligationem ciuilem, *vt in l. si vnus. §. pactus ff. eod.* tamen si lege aliqua confirmetur, tollit eam, ipso iure, *vt in l. legitima. eod. titu.* sed pacta per text. nostrum confirmantur, ergo tollunt obligationem contrariam. ¶ Pro cõtraria parte arguitur, quia naturalis regula est, vt omnis res per quas causas nascitur, per easdem dissoluatur, *vt in l. nihil. de reg. iur. ff. & in regu. 1. de regu. iur.* ĵ. in stipulatione igitur subest obligatio ciuilis: qa est ciuilis contractus, canonica, & naturalis: quia inest consensus, *vt in c. 1.* ergo per pactum resoluetur, canonica vinculo contrariæ conuentionis, & eodem modo naturalis, *vt l. Stichum. §. naturales. de sol.* sed ciuilis semper remanet: nisi dicas, quòd pactum resolutorium, à iure canonico validum, etiam ius ciuile canonicum imitatum (vt in superioribus teneri posse disputabam) pro valido [illegible]beat. Sed de hoc satis dubito. ¶ Item apud clericos, vel laicos iuri ciuili non subditos, dici posset, quòd pactum resoluat stipulationem de iure canonico. Nec obstat regula naturalis resolutiua, quia tunc erit verum, eundem modum resolutionis requiri, quando modus necessarius

145

est ad-

Digitized by Google

est adhibitus: si tamen vel aliquid non necessarium actui sit adiectum, vt conuentioni stipulatio, inter personas ecclesiæ subditas, túc non videtur, quòd talis modus vel stipulatio sit necessaria ad resolutionem: nisi etiam diceres, quòd quamuis pacta nuda, à iure canonico sunt confirmata: tamen non ob hoc desinit confirmare solennitates legales stipulationis. Cogita: quia istam rationem facilè resoluere poteris, & nihil in hoc, nec in omnibus, quæ scripsi, nisi vt disputator affirmo. Tenebo igitur & ego, & vnusquisque, vel meis vel alienis rationibus, quod æquum, iustumque videbitur, & cuiuscunque, quod boni rectique dixerim, sit Deo laus & gloria.

Fortunius Garcias ab Ersila I. V. Doctor.

F I N I S.

INDEX

1200

Digitized by Google

Digitized by Go

INDEX IN COMMENTARIA Fortunij Garcias.

Numerus primus folium, alter versic. indicat.

A.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ius

1204

Digitized by Google

1206

sub

ex Con-

Digitized by Google

1207

Contra-

Digitized by Google

Contra-

Digitized by Google

Digitized by Google

Corre-

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

E.

in Ec-

cum

Digitized by Google

Factum

Fides

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

L.

Legis

Digitized by Google

Litera-

Digitized by Google

M.

Metu

Digitized by Google

N.

Digitized by Google

Numo-

Digitized by Google

Obliga-

1129

Obliga-

Obliga-

Digitized by Google

Pacti

Digitized by Google

1228

Digitized by Google

1229

Digitized by Google

Digitized by Google

Pacto-

Digitized by Google

an Per-

Googl

Perso-

Digitized by Google

Pœna

Digitized by Google

Præter

Digitized by Google

Promit-

Q.

Digitized by Google

 1236

Digitized by Google

Sponsa-

Digitized by Google

T.

Testator

V.

Verbum

Volun-

F I N I S.

FRANCOFORTI,
Excudebat Nicolaus Bassæus,

CIↃ. IↃ. XCII.

Digitized by Google

1290
V.F.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

OTT 1974

Digitized by Google

Digitized by Google